المملكة المغربية
ⵜⴰⴳⵍⴷⵉⵜ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ

وزارة الاقتصاد والمالية
ⵜⴰⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵏ ⵜⴷⵎⵙⴰ ⴷ ⵓⵣⵔⴼ

الوكالة القضائية للمملكة

مجلة
الوكالة القضائية للمملكة

عدد خاص بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات
(الصلح - الوساطة - التحكيم)



صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله



كلمة السيدة نادية فتاح
وزيــرة الاقتصــاد والماليــة

مما لا شك فيه أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أضحت تحتل مكانة بارزة في الأنظمة القانونية والاقتصادية، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، بفضل الدور الهام الذي تؤديه هذه الوسائل في تخفيف العبء على مرفق القضاء، ولما تتميز به من سرعة البت والحفاظ على السرية، وما تمكنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم بأقل تكلفة، وهو ما دفع جل التشريعات المقارنة إلى الاهتمام بها وتنظيم مقتضياتها وتأطير إجراءاتها.

والمشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة أدخل مجموعة من التعديلات على نصوصه القانونية، بغرض تشجيع اللجوء إلى هذه الآليات من أجل تحقيق الغايات المرجوة، وفي هذا الصدد صدر بتاريخ 13 يونيو 2022، قانون التحكيم و الوساطة الاتفاقية ([1])، كما أن العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية واكبت الاهتمام المتزايد بهذه الوسائل، ونذكر على سبيل المثال مقتضيات المادة 43 من القانون المنظم لمهنة لمحاماة التي أكدت على ضرورة حث المحامي موكله على فض النزاع، عن طريق الصلح، أو

(1) ج ر عدد 7009 بتاريخ 13 يونيو 2022، ص: 3579.

بواسطة الطرق البديلة الأخرى، قبل اللجوء إلى القضاء، ولا يفوتنا التذكير أيضا بالمادة 38 من القانون الاطار رقم ‎-22 03‏ بمثابة ميثاق للاستثمارات التي نصت على إمكانية تضمين اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أن أي خلاف يتعلق بالاستثمار ، قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي ستتم تسويته طبقا للتشريع الجاري به العمل أو للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية في مجال التحكيم الدولي، فضلا عن المقتضيات المضمنة في الفصول من 277 إلى 279 من قانون المسطرة المدنية التي تحث القاضي على محاولة إجراء صلح بين أطراف في القضايا الاجتماعية.

ونظرا لأهمية الصلح في فض النزاعات بصفة عامة ، فإن المشرع المغربي أبى إلا أن يولي أهمية خاصة لهذه الآلية، في ميدان فض المنازعات الأسرية لا سيما تلك التي تهدد كيان الأسرة وتماسكها، كقضايا الطلاق والتطليق، حيث أخضعت مدونة الأسرة هذه المنازعات للصلح كإجراء إلزامي قبل اللجوء إلى سلوك المسطرة القضائية ، استنادا إلى مقتضياتها وإلى قواعد الفقه الإسلامي وخاصة منه المذهب المالكي، بل إن هذه الآلية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والنصوص القرآنية الكريمة الداعية إلى سلوكها ونهجها، ونستشهد في هذا المضمار بالآيتين الكريمتين:

﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ صدق الله العظيم، **(سورة النساء، الآية 128)**.

وقوله عز وجل:

﴿وإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ صدق الله العظيم، **(سورة النساء الآية 35)**.

ولا غرو أن تشجيع اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، باعتبارها عدالة اتفاقية، يجد أساسه في محاولة تفادي بعض الإكراهات التي تكتنف مسطرة القضاء الرسمي في الدولة، كطول المساطر وتعدد درجات التقاضي وعلنية الجلسات، وارتفاع تكاليف المصاريف القضائية، لذلك، فإن التشجيع على اللجوء إلى هذه الوسائل لا يقتصر فقط على المعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة، وإنما يمكن اللجوء إليها في مختلف أنواع المعاملات، سواء المدنية أو الأسرية أو الاجتماعية أو العقارية أو حتى المعاملات البنكية، وأيضا في المنازعات الضريبية والجمركية.

غير أنه وعلى الرغم من أهمية الوسائل البديلة في فض المنازعات المتعلقة بمختلف الميادين والمجالات الاقتصادية والاجتماعية المشار إليها، فإن أهمية هذه الوسائل تبرز جلية وواضحة وتحقق غايات وأهداف كبرى في مجال منازعات الاستثمار، إن على المستوى الوطني أو الدولي، وهو ما دفع جل الدول والمنظمات والهيئات المتخصصة في المجال إلى الاهتمام بها وتخصيص حيزا هاما في مجال تشريعاتها ولوائحها المنظمة لها الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى هذه الوسائل.

ولذلك فإن أهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات لا تقتصر، فقط، على المنازعات الداخلية، بل تعتبر من الآليات ذات الفعالية في فض المنازعات الدولية، وقد لعبت الدولة المغربية ولازالت، دورا أساسيا في مجال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات على المستوى الدولي، و ما انتخاب المملكة المغربية، بتاريخ 15 مارس 2022، كبلد عضو في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «اليونسترال» إلى غاية سنة 2028، إلا خير دليل على ذلك، بالإضافة إلى مصادقة المجلس الوزاري تحت رئاسة صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، بتاريخ 28 يونيو 2021، على انضمام المملكة المغربية لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة.

والواقع أن صاحب الجلالة ما فتئ يصدر تعليماته السامية الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى هذه الوسائل التي أضحت تحتل مكانة بارزة في عدد من خطبه السامية، والداعية إلى تعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج. ومن أجل تطوير منظومة المال والأعمال، وتنشيط الدورة الاقتصادية، وفي هذا الصدد دعا جلالته في خطابه الموجه للأمة، بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشرة بتاريخ 14 أكتوبر 2022، إلى تعزيز ثقة المستثمرين في بلادنا من خلال تشجيع أليات التحكيم والوساطة، حيث جاء في خطابه السامي ما يلي:

«ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج، ندعو لتعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات في هذا المجال». انتهى النطق الملكي السامي.

أما على المستوى القاري، فإن مصادقة المملكة المغربية، بتاريخ 18 أبريل 2022، على الاتفاقية المتعلقة بإحداث منطقة التبادل الحر القارية الإفريقية (ZLECAF)، يدل على الانضمام الفعلي للمملكة المغربية لهذه السوق التجارية الافريقية، وهي الاتفاقية التي تضم جزء خاصا بتسوية المنازعات التي من بينها التحكيم والوساطة.

وتجد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، خاصة التحكيم، أهميتها في اعتبارها الوسيلة الأمثل لتسوية المنازعات، خصوصا المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وذلك بالنظر إلى المكانة التي أضحت تحتلها المملكة المغربية كوجهة ذات جاذبية لاستقطاب وتشجيع الاستثمار، المحلي والأجنبي، بالنظر إلى موقعها الجغرافي ووفرة الموارد البشرية المؤهلة، بالإضافة إلى جودة وتنافسية بنياتها التحتية واللوجيستيكية

وتحسن مرتبة المغرب على مستوى مؤشر مناخ الأعمال، المعزز بقرار مجموعة العمل المالي) (GAFIالقاضي بإخراج المملكة المغربية من مسلسل المتابعة المعززة، أو ما يعرف بـ «اللائحة الرمادية»، وذلك خلال أشغال الاجتماع العام لمجموعة العمل المالي المنعقد في باريس بفرنسا، من 20 إلى 24 فبراير 2023، وهو ما قد ينعكس إيجابا على تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في بلادنا.

ولكون الإقبال على الوسائل البديلة واللجوء إليها يتخذ منحنى تصاعديا يوما بعد يوم، مما ساهم في تزايد الملفات والقضايا التي تتطلب معالجتها عن طريق هذه الوسائل، فقد كان من اللازم مواكبة هذا التطور من طرف وزارة الاقتصاد والمالية التي أحدثت على مستوى الوكالة القضائية للمملكة قسما يعنى بتدبير ومعالجة منازعات التحكيم الوطني والدولي وهو قسم «**القضايا التجارية ومنازعات التحكيم** «، إضافة إلى توسيع مهام واختصاصات مصلحة الوساطة والتوفيق التي تلعب دورا هاما في تدبير الملفات المعروضة ، سواء من طرف المواطنين أو من طرف الإدارات والمؤسسات العمومية، من أجل إيجاد الحلول الودية للمنازعات المثارة.

وفي ذات السياق، ونظرا لأهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أصدر السيد رئيس الحكومة منشورا بتاريخ 19 مايو 2021 حث فيه الإدارات والمؤسسات العمومية على عرض النزاعات المحتملة أو الناشئة بين فيما بينها على الوكيل القضائي للمملكة للقيام بمهمة الوساطة والتوفيق قصد البحث عن حلول منصفة ومتوازنة لموضوع الخلاف، مع رفع الأمر إلى رئيس الحكومة في حال استمرار الخلاف قصد التحكيم في الأمر.

وانطلاقا مما سبق يتبين الدور الهام الذي تشكله الوسائل البديلة لتسوية النزاعات في شتى المجالات، كما أنها تعتبر آلية فعالة لتشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، والمساهمة في تخفيف العبء على مرفق القضاء، وتجاوز تعقيدات المساطر

القضائية، والتقليص من تكاليف المصاريف القضائية، كل هذه العوامل دفعت الوكالة القضائية للمملكة إلى تخصيص العدد السادس من مجلتها لهذا الموضوع، بعدما لقيت الأعداد السابقة تجاوبا واستحسانا كبيرين، سواء لدى المهتمين بالمجال القانوني والقضائي، أو لدى شركاء هذه المؤسسة.

وسيكون هذا العدد من **«مجلة الوكالة القضائية للمملكة» المخصص «للوسائل البديلة لتسوية المنازعات (الصلح –الوساطة – التحكيم)»** لا محالة فرصة لمعالجة الإشكالات المرتبطة بهذه الآليات في شتى المجالات، ومناسبة لإثراء النقاش العلمي الرصين حول موضوع يحظى بأهمية كبيرة على مختلف المستويات، آملين أن يجد القارئ الكريم ضالته في هذا العدد الذي يتضمن مقالات علمية ساهم في إنجازها ثلة من خيرة أطر الوكالة القضائية للمملكة وباحثين وممارسين يشهد لهم بالكفاءة العالية في المجال القانوني والقضائي، والباع الطويل في مجال البحث العلمي.

والسلام

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

المدير المسؤول:
محمد قصري
الوكيل القضائي للمملكة

عنوان المراسلة :
زنقة أبو مروان السعدي، الحي الإداري أكدال
الرباط المملكة المغربية
الهاتف : 00212.5.37.68.93.09
الفاكس: 00212.5.37.68.96.43

البريد الالكتروني :
ajr@ajr.finances.gov.ma

الإيداع القانوني :
2018PE0039
ردمد: -2605 7107

مجلة
الوكالة القضائية للمملكة

الفهرس

أبحاث ودراسات

I. تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار أمام CIRDI والاشكالات المطروحة

من إعداد: الأستاذ محمد قصري
الوكيل القضائي للمملكة

لقد استحدث نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لتمكين المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من رفع الدعوى التحكيمية مباشرة ضد الدولة ذات السيادة المضيفة للاستثمار.

ويضم نظام الاستثمار الدولي أكثر من 3000 معاهدة استثمار دولية، وتعتبر هذه المعاهدات وسيلة لتعزيز الثقة في استقرار الاستثمار وتوفير حماية جوهرية لفائدة المستثمرين الأجانب واستثماراتهم في شكل التزامات واجبة النفاذ على الدول، إذ تتعهد الدول في هذه المعاهدات بالتقيد ببعض معايير حماية الاستثمارات، كالمعاملة العادلة والمنصفة والحماية الكاملة والأمن التام، والحماية من نزع الملكية ومصادرة الأموال وعدم التمييز في معاملات الاستثمار.

لقد دعا صاحب الجلالة نصره الله في خطابه الثامن الموجه إلى البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية الحادية عشر إلى وضع ميثاق جديد ومحفز للاستثمار في أسرع وقت ويروم هذا المشروع تقليص الفوارق في أقاليم المملكة في مجال جدب الاستثمار وتعزيز جاذبية المملكة من أجل جعلها قطبا قاريا ودوليا للاستثمارات الأجنبية، وقد أكد صاحب الجلالة بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشر بتاريخ 14 أكتوبر 2022 ما يلي:

«ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا كوجهة للاستثمار المنتج تدعوا لتعزيز قواعد المنافسة التشريعية وتفعيل آليات التحكيم والوساطة لحل النزاعات في هذا المجال.»

وتعتبر معاهدات الاستثمار الدولية وسيلة لتعزيز الثقة في استقرار الاستثمار لما توفره من ضمانات جوهرية لفائدة المستثمرين الأجانب، ومنازعات التحكيم في ضوء واقع التحكيم أمام المراكز الدولية للتحكيم تثير مجموعة من التساؤلات، منها ما هو واقع التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات بواشنطن بين المستثمرين الأجانب والدول CIRDI على ضوء الممارسة، وما هو نطاق التحكيم وموضوعه، وهل استطاع أن يضمن الموازنة بين حقوق المستثمر والمصلحة العامة للدول المضيفة للاستثمار؟ وما هي الشواغل والنواقص التي تعترض نظام التحكيم الاستثماري؟ وما هي الآليات التي يمكن بموجبها تجاوز هاته المخاطر؟

ذلك ما سنحاول معالجته من خلال الأبحاث الموالية..

المبحث الأول: نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار وموضوعه

يتضح من خلال الاطلاع على القضايا المتعلقة بمنازعات الاستثمار أن جلها يتم عرضه أمام هيئات التحكيم، مما يجعل التحكيم الآلية الأكثر شيوعا واستعمالا في هذا المجال. والولوج إلى هذه العدالة يتطلب، بداية، التمييز بين المطالبات المبنية على عقود الاستثمار وتلك المبنية على اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار (المطلب الأول) ثم البحث عن نطاق التحكيم في منازعا الاستثمار (المطلب الثاني) وفي الأخير التطرق إلى ماهية الحقوق التي تكون موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التمييز بين المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية والآثار المترتبة عنه

غالبا ما يلجأ المستثمر الأجنبي إلى هيئات التحكيم من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة باستثماره نتيجة التصرفات الصادرة عن الدولة المستقبلة للاستثمار، لكن من الملاحظ أنه يقع الخلط بين المطالبات المبنية على اتفاقيات الاستثمار وتلك المبنية على عقود الاستثمار، والتمييز بينها يكمن في مجموعة من النقاط وهي على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: مصدر الحق المطالب به

يعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بين المطالبة المبنية على اتفاقية الاستثمار وتلك المبنية على أساس العقد، فأساس المطالبة الأولى هي الحقوق المحددة في اتفاقية الاستثمار في حين أن أساس المطالبة الثانية يتمثل في الحقوق المحددة في العقد.

ويعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بالنسبة للمطالبة الأولى دون أن يكون هناك تداخل ممكن مع المطالبة الثانية، فالحقوق المحددة في الاتفاقية لا يمكن أن تتمدد إلى العقد.

الفقرة الثانية: موضوع الحق المطالب به

يختلق موضوع المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية، فموضوع المطالبات الأولى تعتبر ذات طبيعة عامة ومحددة في القانون الدولي و هي تلك الحقوق الواردة في اتفاقيات الاستثمار، كالحق في المعاملة الوطنية والحق في المعاملة الأكثر أفضلية و الحق في المعاملة العادلة و المنصفة و الحق في عدم مصادرة أو نزع ملكية الاستثمار، في حين أن موضوع المطالبات العقدية يشمل العمليات الاستثمارية المنصوص عليها في العقد ومحددة بمقتضى القانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار[1].

(1) للمزيد حول العقود التي تبرمها الدولة على المستوى الدولي، المرجو الاطلاع على «فكرة العقد الإداري عبر الحدود»، محمد عبد العزيز علي بكر، الطبعة الأولى 2000، القاهرة، دار النهضة العربية.

ويمكن أن يتداخل موضوع المطالبات الاتفاقية مع المطالبات العقدية، فمثلا المستثمر الذي يستفيد من الحق في التعويض نتيجة مصادرة استثماره بناء على اتفاقية الاستثمار يمكن أن يستفيد كذلك من ذات الحق في العقد المبرم مع الدولة المستضيفة للاستثمار، فعندما مصادرة الاستثمار يمكن للمستثمر المطالبة بالتعويض بناء على خرق الاتفاقية وفي ذات الوقت يمكنه تقديم نفس المطالبة لخرق حقوقه المنصوص عليها في العقد.

ويمكن للدولتين الطرفين في الاتفاقية الثنائية للاستثمار الاتفاق على احترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد المبرم مع المستثمر المنتمي للبلد الآخر، وهو يطلق عليه بشرط المظلة (Umbrelle clause)، ومن ثمة يمكن اعتبار الحقوق المنصوص عليها في العقد المبرم بين المستثمر والبلد المستضيف للاستثمار بمثابة حقوق اتفاقية.

الفقرة الثالثة: أطراف المطالبة

إن طرفي المطالبة المبنية على خرق الحقوق الاتفاقية هما البلد المستضيف للاستثمار والمستثمر الذي ينتمي إلى البلد الطرف الآخر في الاتفاقية الدولية للاستثمار.

و الدولة الطرف هي الدولة نفسها و ليست الولاية الفدرالية أو الجهوية أو أية جهة أو شركة الدولة، و يتعين في هذا الخصوص التمييز بين الاختصاص الشخصي ratione personae الوارد في الاتفاقية الثنائية للاستثمار و الاختصاص العام الوارد في الفقرتين الأولى و الثالثة من المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI التي نصت على التحكيم في منازعات الاستثمار بين المستثمر و كل مؤسسة أو جهة مكونة للدولة الطرف في الاتفاقية (1). كما ينطبق الأمر حتى في حالة عدم وجود أي ارتباط مباشر بين المستثمر و الدولة،

(1) L'article 25 du Convention de Washington dispose que :
«1- La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement…
3- Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui- ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire… ».

إذ يمكنه متابعة هذه الأخيرة، مثلا، بسبب سوء المعاملة التي تعرض لها استثماره من قبل مؤسسة تابعة للدولة، و في جميع الأحوال، عندما يتقدم المستثمر الأجنبي بدعوى مبنية على خرق اتفاقية الاستثمار، من قبل سلطة حكومية غير الدولة (كالجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو شركات الدولة) فإنه يتعين عليه تبرير أن الدولة مسؤولة عن هذا التصرف طبقا للقانون الدولي، وبالتالي فإن مبدأ مسؤولية الدولة، أو الإجراءات المتخذة من قبل أجهزتها الداخلية، التي يمكن نسبتها إلى الدولة وفقا للقانون الدولي العام، غالباً ما تكون عنصرا أساسيا في تحديد المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية.

وقد كانت مبادئ مسؤولية الدولة محل جدل و نقاش أمام لجنة القانون الدولي (CDI)، و في هذا الشأن فإن قضية Maffezini تعتبر مثالا للسؤال المطروح حول ما إذا كانت الدعاوى المقدمة في مواجهة وكالة جهوية تابعة للدولة يمكن أن تنسب إلى الدولة ([1]).

وفي المقابل فإن أطراف المطالبة المبنية على خرق بنود العقد هم أطراف العقد نفسه، وبالتالي فإذا أبرم مستثمر أجنبي عقد مع الدولة المستضيفة فإن الأطراف في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية هم نفسهم عندما يتعلق الأمر بالمطالبة المبنية على خرق العقد.

ومجمل القول، أن الدولة المستضيفة للاستثمار تكون، دائما، طرفا في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية، في حين لا تكون في المنازعة المبنية على خرق العقد إلا في حالة ما إذا كانت هي الطرف الموقع على العقد مع المستثمر.

الفقرة الرابعة: القانون الواجب التطبيق

يعد القانون الواجب التطبيق من بين المعايير التي تميز المطالبات الاتفاقية عن

(1) قضية السيد Emilio Agustín Maffezini ضد الدولة الاسبانية قضية CIRDI تحت عدد ARB/97/7، حكم تحكيمي في الاختصاص بتاريخ 25 يناير 2000 وحكم تحكيمي في الموضوع بتاريخ 13 نونبر 2000.

المطالبات العقدية، فالقانون الواجب التطبيق في المطالبات الأولى هي المقتضيات المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار ذاتها، كالقانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار أو المبادئ العامة للقانون الدولي ([1])، في حين أن القانون الواجب التطبيق في المطالبات الثانية هو القانون الوطني للبلد المستضيف للاستثمار أو القانون الذي تحدده الأطراف المتعاقدة.

وبالتالي فإن هذا التمييز يهم على الخصوص دور القانون الدولي، فالمطالبات الاتفاقية سيتم مناقشتها من قبل محاكم التحكيم أخذا بعين الاعتبار الاجتهادين الفقهي والقضائي خاصة في ميدان القانون الدولي العام، في حين أن المطالبات العقدية يمكن مناقشتها وفقا لتشريع البلد المستضيف للاستثمار ولاسيما القوانين المنظمة للعقود الإدارية.

الفقرة الخامسة: أساس مسؤولية الدولة المستضيفة للاستثمار

يترتب عن تقديم دعوى بناء على خرق الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار قيام مسؤوليتها في القانون الدولي، في حين أن تقديم دعوى في مواجهة الدولة بناء على خرق العقد يثير مسؤوليتها العقدية وفقا للقانون الوطني.

ويمكن أن تتداخل طبيعة مسؤولية الدولة سواء عند خرق بنود اتفاقية الاستثمار أو عند خرق شروط العقد، فمسؤولية الدولة عند خرق بنود العقد وفقا للقانون الوطني يمكن أن تثير في نفس الوقت المسؤولية الدولية للدولة عندما تكون مقرونة باستنفاد جميع طرق الطعن الداخلية وبإنكار العدالة.

و يعتبر بعض الفقه المقارن أن خرق الدولة لبنود «عقد الدولة» يمكن أن يرتب، في بعض الحالات، المسؤولية الدولية المباشرة للدولة([2]).

---

(1) انظر في هذا الخصوص المادة 5 من الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين اسبانيا والأرجنتين و المادة 8 من الاتفاقية الثنائية للاستثمار بين فرنسا و الأرجنتين.

(2) R. J. Jennings : « State Contracts in International Law », 37 British Yearbook, 1961, p. 156.

و فيما يتعلق بما إذا كان للمستثمر الحق في الاختيار بين المطالبات الاتفاقية أو المطالبات العقدية أو إمكانية اللجوء إليهما في ذات الوقت، فإننا نرى أنه يمكن اللجوء إلى هاتين المطالبتين في نفس الوقت، بناء على الشروط المحددة في المقتضيات المنظمة لتسوية المنازعات فيها، فكل من اتفاقية الاستثمار و العقد يعتبران مصدرين مستقلين و منفصلين للحقوق و المستثمر يمكنه استعمال كليهما، و هو ما أكده الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية في قضية Vivendi ضد دولة الأرجنتين([1]).

المطلب الثاني: نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار

إن الولوج إلى التحكيم كآلية لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي يتطلب تحديد نطاقه الشخصي (الفقرة الأولى) والموضوعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: النطاق الشخصي في التحكيم في منازعات الاستثمار

تتميز المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي بطبيعة طرفيه، فنجد من جهة البلد المستضيف للاستثمار (أولا) ومن جهة ثانية المستثمر الأجنبي (ثانيا)، وبالتالي فهما يعتبران الطرفان الرئيسيان في التحكيم في منازعات الاستثمار.

أولا: الدولة

تعتبر الدولة أحد أطراف المنازعة التحكيمية المرتبطة بالاستثمار، فهي تتحمل، في

(1) قضية شركة Vivendi ضد دولة الأرجنتين، CIRDI ARB/97/3، الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة الحرة المكلفة بدعوى البطلان بتاريخ 3 يوليوز 2002، إذ جاء في الفقرتين 95 و 96 ما يلي:

«95.En ce qui concerne la relation entre la rupture de contrat et la violation du traité en l›espèce, il convient de souligner que les articles 3 et 5 du TBI ne se rapportent pas directement à la rupture d›un contrat municipal. Ils établissent plutôt une norme indépendante. Un État peut violer un traité sans rompre un contrat, et vice versa….

96… la question de savoir s'il y a eu violation du TBI et s'il y a eu violation du contrat sont des questions différentes. Chacune de ces réclamations sera déterminée par référence à sa propre loi propre ou applicable - dans le cas du TBI par le droit international; dans le cas du contrat de concession, par le droit propre du contrat… »

القانون الدولي، تبعات التصرفات الصادرة عن موظفيها و مؤسساتها و مسؤولة عن كل الأشخاص التي لهم علاقة وظيفية بهياكلها(1).

و إذا كانت الدولة مسؤولة، دوليا، عن جميع التصرفات الصادرة عن موظفيها فهي كذلك مسؤولة عن التصرفات الصادرة عن مؤسساتها (Emanations de l'Etat)، على الرغم من تتمتع هاته الأخيرة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي عن الدولة، مما يجعلها في وضعية هجينة بين الدولة والمقاولات الخاصة.

إن توجيه الدعاوى ضد الدولة بناء على خرق اتفاقية الاستثمار تمكن المستثمر من إثارة الضمانات الممنوحة له والمحددة في اتفاقية الاستثمار، هذا بالإضافة إلى أن التنفيذ في مواجهة الدولة المستقبلة للاستثمار يمنح ضمانات أكثر من التنفيذ في مواجهة مؤسسة الدولة، التي تتمتع بمدة حياة أقل من الدولة.

وقد نصت مجموعة من الاتفاقيات الدولية على إسناد المسؤولية الدولية للدولة في حالة ترتيب أضرار للمستثمر الأجنبي نتيجة تصرفات صادرة عن مؤسسات الدولة، إذ أن القاعدة العرفية التقليدية الواردة في المادة 4 من مشروع المواد حول مسؤولية الدولة نتيجة عمل غير مشروع دوليا، و هو قانون تبنته لجنة القانون الدولي (CDI) سنة 2001، نصت على أن التصرف الصادر عن أحد أجهزة الدولة يعتبر كأنه تصرف صادر عن هاته الدولة، في القانون الدولي، سواء كان هذا الجهاز ينتمي إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية أو غيرها، و سواء كانت وظيفته ذات طابع دولي أو داخلي و سواء كانت مكانة هذا الجهاز في أعلى هرم الدولة أو في أسفله(2).

---

(1) B. Stern : « Répertoire de droit international, responsabilité internationale », décembre 1998.

(2) جاء في المادة 4 من مشروع المواد حول مسؤولية الدولة نتيجة عمل غير مشروع دوليا ما يلي:

«1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat».

في حين نصت المادة 5 من ذات المشروع على أن التصرفات الصادرة عن وحدة أو شخص، لا ينتمي لأجهزة الدولة و المخول له بمقتضى قانون هذه الدولة بمباشرة الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة، على الرغم من أنه يتصرف باسمه الخاص، تعتبر هذه التصرفات، في القانون الدولي، و كأنها صادرة عن الدولة ([1]).

كما أن اتفاقية التبادل الحر بين دول شمال أمريكا (ALENA) عرفت في المادة 1505 مقاولة الدولة كوحدة ممسوكة أو خاضعة لرقابة الدولة ([2]).

و يستمد أساس تحميل الدولة المسؤولية عن تصرفات مقاولاتها من العقود التي تبرمها هذه الأخيرة، ما دام أن هذه العقود تخضع لمصادقة الوزير أو أي سلطة عامة في الدولة([3])، غير أن هذا التوقيع لا يترتب عنه، بالضرورة، تحميل الدولة المسؤولية، إذ أنه في بعض الحالات يعتبر توقيع الوزير بمثابة تصرف خاص باعتباره عضو في مجلس الإدارة لهذه المقاولة و ليس باعتباره تصرفا صادرا عن وزير في الدولة.

و يمكن للدولة أن تكون مساهمة في الشركة أو مسيرة لها، غير أنه و لكي تتحمل الدولة تبعات التصرفات الصادرة عن هذه الشركات، فإنه يشترط أكثر من مجرد المساهمة في الشركة بل يجب أن تمارس هذه الدولة رقابة تدبيرية التي تتجاوز حدود الرقابة التي تخولها

(1) جاء في المادة 5 من ذات المشروع ما يلي:
«Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international ».

(2) L'article 15050 du ALENA dispose que :
« Aux fins du paragraphe 1503(3), «entreprise d'État»:
a) pour ce qui concerne le Canada, s'entend d'une société d'État au sens de la Loi sur la gestion des finances publiques (Canada) ou de toute loi provinciale comparable, ou d'une société d'État ou entité équivalente qui est constituée en vertu d'autres lois provinciales applicables;
b) pour ce qui concerne le Mexique, ne s'entend pas de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (Compagnie nationale des denrées de base) et de ses filiales existantes, ni de ses successeurs éventuels et de leurs filiales, pour les ventes de maïs, de haricots et de lait en poudre ».

(3) Albert Badia : « Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration », International Arbitration Law Library, Volume 29, Kluwer Law International 2014, p. 9.

لها مساهمتها في الشركة([1]).

و في هذا السياق، اعتمدت هيئات التحكيم على معيار الرقابة عوض الملكية، و يعتبر النزاع بين شركة Wena و الدولة المصرية من بين أول القضايا المعروضة أمام CIRDI التي تم التمييز فيها بين الرقابة و الملكية، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن الدولة المصرية مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بشركة Wena على الرغم من العقد يجمع هذه الأخيرة بالشركة التابعة للدولة EHC، و ذلك لكون الشركة الأخيرة مملوكة للدولة المصرية بنسبة 100% وأنها خاضعة للقوانين المصرية المتعلقة بالمرافق العام و أن الصلاحيات الممنوحة لوزير السياحة المصري في هذه الشركة، مثل تعيين و عزل مدرائها و رئيسها، تتجاوز الصلاحيات الممنوحة للمساهم العادي([2]).

أما في قضية Jan de Nul ضد الحكومة المصرية، و بعد أن تقدمت الشركة المدعية بدعوى أمام CIRDI على أساس أن شركةSCA، التي تعتبر وكالة تابعة للدولة المصرية، أخلت ببنود العقد الرابط بينهما من أجل توسيع قناة السويس، و أن التصرفات الصادرة عن شركة SCA تتحملها الدولة تطبيقا لمقتضيات المادة 5 من مشروع CDI.

وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فإنه يتعين التأكد من مسألتين اثنتين، الأولى تتعلق بالتأكد ما إذا كانت الشركة مخول لها ممارسة الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة وفقا للقانون المصري، والمسألة الثانية هل تم استعمال هذه السلطة أو السلطات أثناء مسطرة طلب العروض وكذلك أثناء تنفيذ العقد.

و قد تبين لهيئة التحكيم بخصوص النقطة الأولى أن شركة SCA تعتبر السلطة المخول لها من قبل الحكومة المصرية تدبير قناة السويس، و ذلك من خلال إصدار مراسيم المتعلقة

(1) Op. cité p. 164.

(2) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 29 يونيو 1999 في قضية الشركة البريطانية Wena ضد الحكومة المصرية موضوع الملف عدد ARB/98/4.

بالملاحة في هذه القناة و فرض واستخلاص الواجبات المتعلقة بالملاحة و المرور في القناة، و كل هذه التصرفات تعد ذات طبيعة نظامية، في حين اعتبرت هيئة التحكيم بخصوص النقطة الثانية أن التصرفات التي تضررت منها الشركة المدعية تعتبر تصرفات ذات طبيعة تجارية و ليس ذات طبيعة نظامية، ما دام أن شركة SCA تصرفت مثلها مثل أي مقاول يهدف إلى البحث عن أفضل الأثمان و لم تتصرف كسلطة عامة(1).

أما في قضية شركة Deutche Bank ضد سيريلانكا فقد تمت معاودة مناقشة النقطة المتعلقة بالرقابة، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن هذه الدولة هي المسؤولة عن التصرفات الصادرة عن الشركة التابعة لها CPC، مرتكزة في ذلك أن الشركة الأخيرة مملوكة للدولة بنسبة 100% و أنها أنشأت بمقتضى القانون من أجل مباشرة السياسة البترولية لسيريلانكا، بالإضافة إلى أن مسيري الشركة يتم تعيينهم و عزلهم من قبل وزير البترول و أن الدولة تمارس «رقابة مهمة» على مستخدمي هذه الشركة و على ماليتها و كذلك على القرارات التي تتخذها (2).

يتضح مما سبق أن مجرد المساهمة في الشركة غير كافية لتحميل الدولة مسؤولة التصرفات الصادرة عن هذه الشركة، وحتى وإن كانت هذه المساهمة تمنح للدولة رقابة على الشركة طالما أن هذه الرقابة تعتبر بسيطة ومخففة، بل إن هيئات التحكيم تستوجب رقابة عالية وفعالة.

أما بالنسبة لشركات الدولة التي تتدخل في ميدان لا يمكن لأي شركة في القطاع الخاص التدخل فيه، فإنها تقوم بذلك تحت السلطة الحكومية أو بمقتضى الامتيازات الحكومية، و في هذه الحالة يطلق على شركات الدولة « alter ego »، التي تتنوع تصرفاتها بحسب ما

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 24 أكتوبر 2008 في قضية Jan de Nul ضد الحكومة المصرية موضوع الملف عدد ARB/04/13.
(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 31 أكتوبر 2012 في قضية شركة Deutche Bank ضد سيريلانكا موضوع الملف عدد ARB/09/02.

إذا اتخذت في إطار التصرفات النظامية أو السيادية Acta jure imperii التي تتطلب اتخاذ تدابير ذات طبيعة زجرية كرقابة المرور أو الخدمات المرتبطة بالهجرة أو المرتبطة بالمجال الجمركي، أو في إطار التصرفات المتخذة بشكل خاص كالتفاوض حول الاستثمارات ، فالتصرفات في هذه الحالة لا تشكل عنصرا للسلطة النظامية، و هي التصرفات المعروفة Acta jure gestionis.

و من أجل تحديد حدود مسؤولية الدولة عن التصرفات الصادرة عن هذه الشركات، يتعين معرفة موقف هيآت التحكيم من هذه التصرفات، ففي قضية السيدMaffezini ضد الدولة الاسبانية، التي تعد من بين القضايا التي تم البت فيها في ظل CIRDI قبل صدور مشروع المواد المنظمة لمسؤولية الدولة CDI، إذ تم الفصل في مسؤولية الدولة بناء على تطبيق «للاختبار المزدوج» (Double test)، الوظيفي و الهيكلي، و في هذ القضية فإن هيئة التحكيم يتعين عليها تحديد ما إذا كانت الشركة (SODIGA) مملوكة للدولة الاسبانية و هل تتصرف باعتبارها شركة أو باعتبارها دولة، فبالنسبة للاختبار الهيكلي ارتكزت الهيئة التحكيمية على معرفة ما إذا كانت الشركة المذكورة تتوفر على شخصية قانونية مستقلة و ما هي القوانين الوطنية التي تخضع لها هذه الشركة ما هي مكانة الشركة في هذه الدولة و هل تتوفر على الطابع الخاص أم العام، أما بالنسبة للاختبار الوظيفي فقد ارتكزت هيئة التحكيم على عناصر أخرى التي يرتكز عليها القانون الدولي كالرقابة الممارسة على الشركة من قبل الدولة أو المؤسسات الحكومية و الأهداف و الوظائف التي أسست أنشأت من أجلها هذه الشركة.

و في هذا الخصوص اعتبرت هيئة التحكيم أنه نظرا لكون أن شركات الدولة يمكنها أن تتخذ مجموعة من الأشكال القانونية، فإن المعيار الهيكلي لا يمكنه اعتباره دائما كمحدد لاعتبار شركة ما كجهاز للدولة و ما إذا كانت التصرفات الصادرة عنها تتحملها

الدولة، لذلك يتعين الأخذ كذلك بالمعيار الهيكلي الذي يبحث في الوظائف و الدور الممنوح لهذه الشركة، و قد تبين لهيئة التحكيم أن الشركة المذكورة تعتبر جهاز يهدف إلى تنفيذ و تشجيع السياسات الصناعية الحكومية كما تبين لها أن الشركة تمارس وظائف حكومية التي تعتبر، عادة، ممنوعة على كل الشركات التجارية الخاصة، غير أن التساؤل الحقيقي الذي يتعين الإجابة عليه يتعلق بما إذا كانت التصرفات الخاصة التي على أساسها تطالب الجهة المدعية بمسؤولية الدولة تعتبر تصرفات نظامية، فإذا كانت كذلك يتعين تحميل الدولة تبعات هذه الدولة، و هو أقرته في الأخير هيئة التحكيم لما اعتبرت أن التصرفات الصادرة عن (SODIGA) تعتبر تصرفات حكومية، طبقا للقوانين الاسبانية([1]).

أما في قضية الشركة الإيطالية ضد الدولة المغربية، فإن الشركة تقدمت بطلب تحكيمي في مواجهة تلتمس فيه أداء مجموعة من المبالغ المالية المترتبة عن العقد المبرم بينها و بين الشركة الوطنية للطرق السيارة (ADM)، التي تعتبر شركة ذات المسؤولية المحدودة التي كانت مملوكة بنسبة 89% من قبل الدولة، و على الرغم من أن جميع أعضاء المجلس الإداري لهذه الشركة تم تعيينهم أثناء الجمع العام وفقا للنظام الأساسي لهذه الشركة فقد تبين لهيئة التحكيم أن البعض منهم يشغلون مناصب حكومية، على سبيل المثال رئيس شركة ADM الذي هو وزير التجهيز، و من ثمة قضت هيئة التحكيم بأن هذه الشركة تعتبر شركة تخضع لرقابة الدولة و من هي من يقوم بتدبيرها بواسطة وزير التجهيز و مختلق المؤسسات الحكومية، و بالإضافة إلى التشكيل الهيكلي، فإن هيئة التحكيم أخذت بعين الاعتبار المهام الرسمية للشركة تتمثل في بناء و صيانة و استغلال الطرق السيارة، لتقضي، وفقا للمعيار الموضوعي، بأن هذه الشركة تقوم بإنجاز المهام التي تعتبر

(1) الحكم الصادر في الاختصاص في ظل CIRDI بتاريخ 25 يناير 2000 في قضية السيد Emilio Agustín Maffezini ضد الدولة الاسبانية موضوع الملف عدد ARB/97/7.

تحت رقابة الدولة و أنها تتصرف باسم الدولة المغربية([1])، و هو ما أكدته كذلك هيئة التحكيم في النزاع المتعلقة بمجموعات RFCC ضد الدولة المغربية([2])، إذ اعتبرت هذه الهيئة أن شركة ADM أنها شركة هيئة الحكم الخاصة المشكلة للنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2003 في قضية شركة «ساليني» ضد «الشركة الوطنية للطرق السيارة» (ADM) ([3]).

يتبين مما سبق، أن الممارسة التحكيمية اعتمدت على المعيار الوظيفي وأن المعيار الوظيفي يتمثل في اختبار عناصر السلطة الحكومية المحددة في المادة 5 من مشروع المواد ل CDI حول مسؤولية الدولة، فالمعيارين يجتمعان، والبحث عن الوظائف أو السلطة الحكومية يجب أن تتعلق فقط بالتصرفات غير المشروعة التي أساسها يتم البحث عن مسؤولية الدولة.

تعتبر الدولة مسؤولة دوليا عن التصرفات الصادرة عن شركاتها، حتى و لم تكن هناك علاقة عقدية مباشرة بينها و بين المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الوطني([4])، فمجال مسؤولية الدولة لا يقتصر فقط على العقود أو المخالفات المرتكبة بعد العقد بل يشمل كذلك التصرفات قبل العقدية les actions précontractuelles، فقد أبان الواقع أن الدولة تشارك في المفاوضات المتعلقة بالاستثمار، من خلال تشجعيها الاستثمار الأجنبي، لكنها نادرا ما تقوم بالتوقيع على عقود الاستثمار، فإبرام هذه العقود و تنفيذها غالبا ما يتم تفويضه لشركات الدولة، و في بعض الحالات الأخرى تقوم الدول، قبل إبرام العقد، بتقديم عروض للمستثمرين أو منح وعود لهم، أما في حالات أخرى فإنها تضمن أو تصادق و تأكد على الحقوق المكتسبة لمقاولات الدولة.

(1) الحكم في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 16 يوليوز 2001، في قضية شركة ساليني ضد الدولة المغربية موضوع الملف عدد ARB/00/4.
(2) الحكم في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 16 يوليوز 2001، في قضية مجموعة RFCC ضد الدولة المغربية في الملف عدد ARB/00/6.
(3) -

(4) B. C. Sanz Pastor et D. J.A. Cairns : « Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration (Cremades Sanz Pastor and Lew », Kluwer Law, International; International Chamber of Commerce (ICC) 2005, p.17.

و في هذا السياق، فقد قضت الهيئة التحكيمية في قضية شركة Tradex Hellas ضد ألبانيا، باختصاصها للنظر في النزاع، على الرغم من أن الدولة الألبانية اقتصر دورها فقط على المشاركة في المفاوضات مع الشركة المدعية من أجل تطوير المشاريع الهندسية و الصناعية و الفلاحية، في حين أن توقيع العقود كان بين الشركة المدعية و الشركة T.B Torovistaالتي حددتها الدولة لهذا الغرض ([1])، و في ذات الاطار نجد الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركة LESI Dipenta ضد الجزائر، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن الجزائر مسؤولة عن التصرفات الصادرة عن «الوكالة الوطنية للسدود» (ANB)، التي تعتبر مقاولة عمومية تتمتع بالاستقلال القانوني، ما دام أن الدولة الجزائرية شاركت، بطريقة غير مباشرة، في المفاوضات المتعلقة بعقد الامتياز المبرم بين المقاولة العمومية و الشركة المدعية([2]).

أما في حالة عدم مشاركة الدولة في المفاوضات حول الاتفاقات المبرمة من قبل الشركات التابعة لها، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فإن هيئات التحكيم اعتبرت الدولة غير مسؤولة([3]).

يتضح من خلال الأحكام التحكيمية السابقة أن المشاركة، القبلية أو البعدية، للدولة عند أبرام عقود الاستثمار من قبل الهيئات التابعة لها، يترتب عنها مسؤولية الدولية عن جميع اللاحقة بالمستثمر الأجنبي نتيجة عدم احترام هذه الهيئات لالتزاماتها العقدية، فهذه المسؤولية تستنتج من ملاحق العقود أو التصريحات أو التوقيعات التي يقوم بها الوزراء أو كبار موظفين الدولة، بغض النظر عن العقود و الاتفاقات المبرمة بين مقاولات الدولة بدلا من مرافق الدولة، فالعديد من مقاولات الدولة تتضمن وزراء ضمن جدول أجرائها و الذي يحتلون مناصب في هذه المقاولات تسمح لهم بالتسيير و تعيين أعضاء

---

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 29 أبريل 1999 في قضية شركة Tradex Hellas ضد ألبانيا موضوع الملف عدد ARB/94/2.

(2) الحكم التحكيمي الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 10 يناير 2005 في قضية شركة LESI Dipenta ضد الجزائر، في الملف عدد ARB/03/8.

(3) الحكم التحكيمي الصادر وفقا لقواعد اليونسترال بتاريخ 30 نونبر 2011 في قضية شركة White Industries Australia ضد الهند.

مجلس الإدارة و المصادقة على القرارات الاستراتيجية للمقاولة.

فاحتلال الوزير، عند ممارسته لمهامه، مكانتين، الأولى باعتباره وزيرا في الحكومة و الثانية باعتباره عضوا في مجلس إدارة إحدى شركات الدولة، يثير مجموعة من الشكوك لدى المستثمرين الأجانب، فورود عبارات في عقد الاستثمار ك «مصادقة» أو «ضمان» من قبل الوزير بجانب توقيعه تفيد مسؤولية الدولة، في حين أن عبارات أخرى ك «الاعتراف» أو «التأكيد» تثير بعض الغموض، و في هذا الاطار نستحضر المادة 11 من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة CDI التي نصت على الدولة تكون مسؤولة عن التصرفات و إن غير صادرة عنها، ما دام أن الدولة اعترفت (reconnaît) و تبنت (adopte) هذه التصرفات و تعتبر هذه الأخيرة و كأنها صادرة عنها[1].

في حين أن المادة 11 تتحدث عن المسائل الواقعية بدل من التصريحات و التوقيعات، و في هذا السياق يتعين التمييز بين الاعتراف و التبني عن مجرد الدعم أو المصادقة، و نستأنس في هذا الاطار بالحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية، في قضية تتعلق بمستخدمين دبلوماسيين، التي اعتبرت عبارات «المصادقة» (approuvé) و الإقرار (Approbation) كافية لإثارة مسؤولية الدولة [2].

ثانيا: المستثمر

يعتبر المستثمر أحد أطراف المنازعة التحكيمية المبنية عل اتفاقية الاستثمار، و يمكن أن يكون المستثمر إما شخصا طبيعيا (أولا) أو شخصا معنويا (ثانيا)، و غالبا ما تتضمن اتفاقيات الاستثمار قواعد تنظم الجنسية التي تختلف بين الأشخاص الطبيعية و الأشخاص

(1) l'article 11 du CDI dispose que :
« Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme sien ».
(2) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, p. 3.

المعنوية، و تعتبر المادة 25 من اتفاقية واشنطن أحد المصادر المؤسسة لهذه القاعدة.

أولا: المستثمر، شخص طبيعي

لكي يستفيد المستثمر من الحماية التي تمنحها اتفاقيات الاستثمار يجب أن يكون أجنبيا عن البلد المستقبل للاستثمار وأن يحمل جنسية البلد الآخر الطرف في اتفاقية الاستثمار.

و عند إثارة نزاع حول جنسية المستثمر، فإن هيئات التحكيم، المعروض أمامها النزاع هي المختصة لتحديد ما إذا كان الشخص يعتبر من رعايا بلد ما، و تعتمد في ذلك على القانون المنظم للجنسية في البلد الذي يدعي المستثمر حمل جنسيته([1]).

و تثير المسألة المتعلقة بحمل المستثمر للجنسية المزدوجة، جنسية البلد المستقبل للاستثمار بالإضافة إلى جنسية البلد الذي يطلب حمايته، إشكالية خاصة و أن الدولة المطالب في التحكيم ستكون في مواجهة أحد مواطنيها، ففي التحكيم في إطار CIRDI، فإن المادة 25/2/أ من اتفاقية واشنطن([2]) أقصت المستثمر حامل الجنسية المزدوجة من تحكيم هذا المركز.

و لتفادي هذا الاقصاء، فإنه غالبا ما يرتكز المستثمر الحامل للجنسية المزدوجة، على معيار «الجنسية الفعلية»، وفقا للتعريف الغالب للجنسية في القانون الدولي، ووفقا لما جاء في الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية Nottebohm، الذي اعتبر أن الجنسية هي ذلك الرابط القانوني المؤسس على ارتباطه بتصرف اجتماعي، و هو

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 7 يوليوز 2004، في قضية السيد حسين نيومان السوفراغي ضد الامارات العربية المتحدة تحت عدد ARB/02/7.

(2) Article 25 (2) (a) de la convention du Washington stipule que :
«2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie:
a. Toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'Article 28, alinéa (3) ou à l'Article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

الرابط الحقيقي بين الوجود و المصالح و المشاعر بالإضافة إلى الحقوق والالتزامات المتبادلة(1)، غير أن هيئات التحكيم ترفض فكرة «الجنسية الفعلية»، و تعتبر أن المستثمر حامل للجنسية المزدوجة لا يمكنه الاستفادة من حماية اتفاقية الاستثمار(2).

و إذا كانت اتفاقية واشنطن لم تمنح صفة المستثمر للشخص الذي يحمل جنسيتي الدولتين الطرفين في اتفاقية الاستثمار و اقصته نهائيا من تحكيم CIRDI، فإن هذا لا يعني أنه لا يمكنه مقاضاة الدولة بناء على اتفاقية الاستثمار، بل يمكنه ذلك متى كانت هذه الأخيرة تتضمن خيارات أخرى للمستثمر في شرط التحكيم، كاللجوء إلى التحكيم الحر، طالما أنه لا يتضمن هذا الاقصاء، و هو ما سار عليه الحكم التحكيمي الصادر15 ديسمبر 2014 في قضية Garcia Armas ضد فينزويلا، الذي يعتبر سابقة في التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال، بالنسبة للمستثمرين الذي يحملون جنسية البلدين الطرفين في اتفاقية الاستثمار(3)، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أنه عند غياب القواعد التي تستثني إزدواج الجنسية أو التي تفرض الجنسية الغالبة والفعلية، لا يمكن حرمان المستثمر من آثار الجنسية الممنوحة، طوعا، من قبل الدولة الطرف في اتفاقية الاستثمار و المقبولة من قبل الدولة الطرف الآخر (4)، و انطلاقا من هذا الحكم التحكيمي أصبح بإمكان المستثمر مقاضاة البلد الذي يحمل جنسيته أمام هيئات التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال، طالما أنه يحمل جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار.

و قد أكدت محكمة الاستئناف بباريس هذا التوجه، في القرار الصادر عنها بتاريخ 25

(1) الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 6 أبريل 1955 في قضية Nottebohm بين الليشنشتاين وكواتيمالا.
(2) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 21 أكتوبر 2003 في قضية Champion Trading Company ضد مصر تحت عدد ARB/02/9.
(3) Patricia Ugalde- Revilla : « Note: République bolivarienne du Venezuela v. Serafín García Armas et Karina García Gruber, Court of Appeal of Paris, 25 April 2017 », Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España 2018, Volume 2018 Issue 33 ; p. 127.
(4) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر وفقا لقواعد اليونسترال (تحكيم حر) بتاريخ 15 ديسمبر 2014 في قضية Garcia Armas ضد فينزويلا في الملف عدد 3 -2013 PCA.

أبريل 2017([1])، مؤكدة أن الغرض والهدف من اتفاقية الاستثمار هو حماية المستثمرين حاملي الجنسية المزدوجة في حالة إقصائهم، و ذلك بمناسبة الطعن بالبطلان الذي تقدمت به فنزويلا في مواجهة الحكم التحكيمي المشار إليه أعلاه.

كما يطرح التساؤل، حول التاريخ المعتمد من أجل تحديد جنسية المستثمر، و ذلك بغية التأكد ما إذا كان يعتبر مستثمرا أجنبيا، و في هذا الشأن نستحضر الحكم التحكيمي الصادر في قضية Garcia Armasضد فينزويلا المشار إليها أعلاه، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أنها المختصة للنظر في النزاع، مادام أن المستثمر يعتبر مكتسبا للجنسية الاسبانية، معتمدة في الجنسية المكتسبة في تاريخ صدور التصرف الموجب للتعويض وتاريخ تقديم الطلب التحكيمي، و بما أن اتفاقية الاستثمار لا تأخذ بعين الاعتبار سوى هاذين التاريخين، فإنه ليس من الضروري تقييم الجنسية من تاريخ انشاء الاستثمار، و هو الموقف الذي لم يحظ بموافقة جميع أعضاء هيئة التحكيم، إذ عبر أحد أعضاء هذه الهيئة (Rodrigo Oreamuno B.) عن رأيه المخالف، إذ اعتبر أنه من أجل الاستفادة من حماية اتفاقية الاستثمار يجب أن يكون المستثمر مكتسبا للجنسية الاسبانية من تاريخ انشاء الاستثمار.

و قد كان هذا الحكم التحكيمي موضوع طعن بالبطلان ([2]) من قبل فنزويلا أمام محكمة الاستئناف بباريس، مؤسسة طعنها على كون هيئة التحكيم غير مختصة نوعيا (ratione materiae)، لغياب الاستثمار لكونه بوشر من قبل أحد مواطنيها، و أنه من أجل التمتع بحماية اتفاقية الاستثمار، يتعين أن يتوفر المستثمر على جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار (الجنسية الاسبانية)، ليس فقط في تاريخ قيام النزاع أو عند تقديم

(1) Décision cour d'appel de Paris, date du 25 avril 2017, note, Malik Laazouzi : « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, I. — La détermination de la nationalité de l'investisseur et son impact sur la compétence du tribunal arbitral », revue de l'arbitrage, 2017 — 2, p. 648.

(2) للإشارة فإن الحكم التحكيمي موضوع الطعن بالبطلان صدر في إطار تحكيم حر (Arbitrage Ad hoc) وفقا لقواعد اليونسترال، وذلك لكون المادة 25 من اتفاقية واشنطن تستثني المستثمرين الذين يتوفرون على جنسيتي الدولتين الطرفين في اتفاقية الاستثمار من تحكيم CIRDI.

طلب التحكيم، كما جاء في الحكم التحكمي، بل كذلك في تاريخ إنشاء الاستثمار في البلد الآخر(1).

و قد أصدرت محكمة الاستئناف بباريس قرارا بتاريخ 25 أبريل 2017 قضت فيه ببطلان الحكم التحكيمي، معتبرة أنه من أجل التمتع بحماية اتفاقية الاستثمار المبرمة بين اسبانيا و فنزويلا يتعين أن يكون المستثمر حاملا للجنسية الاسبانية وقت إنشاء الاستثمار، مبنية قرارها على كون المقصود من عبارة «الاستثمارات» الواردة في اتفاقية الاستثمار، جميع أنواع الأصول التي استثمرها مستثمرون ينتمون إلى البلد الطرف في الاتفاقية في إقليم البلد الطرف الآخر، و أن المقصود بعبارة «المستثمرون»، الأشخاص الطبيعيون الذين يحملون جنسية أحد البلدين الطرفين المتعاقدين وفقا لتشريعاته ويقومون بالاستثمار في إقليم البلد الطرف المتعاقد الآخر، لتخلص محكمة الاستئناف أن الاستثمار ليس مجرد أصول «مملوكة» لمستثمر المنتمي إلى البلد الطرف المتعاقد الآخر، والذي قد يستبعد أي إشارة إلى تاريخ الاستحواذ، ولكن كذلك الأصول «المستثمرة» من قبل مستثمر المنتمي إلى البلد الطرف المتعاقد الآخر، والذي يشير بالضرورة إلى شرط جنسية المستثمر في تاريخ الاستثمار.

ثانيا: المستثمر، شخص معنوي

تحدد جنسية الشخص المعنوي حسب البلد الذي يوجد فيه مقره أو مكان انشائه، وبالتالي فإنه يتعين على المستثمر الشخص المعنوي، من أجل مقاضاة البلد المستقبل لاستثماره بناء على اتفاقية الاستثمار، التوفر على مقر في البلد الطرف الآخر في هذه الاتفاقية أو أن يكون مكان انشائه في هذا البلد.

---

(1) « République bolivarienne du Venezuela v. Serafín García Armas et Karina García Gruber, Court of Appeal of Paris, 25 April 2017 », Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España 2018, Volume 2018 Issue 33, p. 121.

غير أن تحديد جنسية الشخص المعنوي يثير مجموعة من الإشكالات، التي تعتبر أكثر تعقيدًا من تلك المتعلقة بتحديد جنسية الأشخاص الطبيعيين، فغالبا ما يطرح التساؤل حول ما إذا كان يجب الأخذ بجنسية الواجهة أو البحث عن حقيقة الجهة التي تمارس الرقابة على هذا الشخص المعنوي؟ وذلك لكون الشركات تعمل بطرق وأنماط تجعل من الصعب تحديد جنسيتها، بسبب تعدد المساهمين فيها، سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو اعتبارية، والذين يعملون انطلاقا من بلدان مختلفة، وذلك في غياب مقتضيات تنظم ذلك في القانون الدولي العرفي.

و ما يزيد من صعوبة تحديد مفهوم «المستثمر»، عندما يتعلق بشخص معنوي، عدم إمكانية الرجوع إلى الضوابط القانونية المنظمة للجنسية في بلد ما، و إنما يتم الاعتماد على المقتضيات المحددة في اتفاقية الاستثمار، وفقا لما ارتضته الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، مما يمكن اعتباره من بين خاصيات هذه الاتفاقيات لعدم ارتكازها على مفهوم «الجنسية»، و هو ما يمكن تفسيره، كذلك، بإرادة الدول في تجاوز هذا المفهوم([1]).

وإذا كان من المتعارف عليه أن جنسية الشخص المعنوي تقوم بناء على عنصري «المقر الاجتماعي» و «بلد التأسيس»، فإن بعض اتفاقيات الاستثمار تقتصر على منح صفة «المستثمر»، وبالتالي الحماية للأشخاص المعنوية، بناء على «جنسية» الجهة المكلفة بممارسة الرقابة في هذه الشركة. و مما سبق فإن بعض الأشخاص المعنوية تكتسب صفة «المستثمر» من منطلق أنها تخضع لرقابة شخص، معنوي أو طبيعي، يحمل جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار، حتى و إن كان مقر تأسيسها أو مقرها الاجتماعي يوجد في بلد آخر غير طرف في الاتفاقية ([2]).

(1) Arnaud Tournier, «L'apport des conventions bilatérales d'investissement au droit de la «nationalité» des personnes morales», dans: SFDI, Droit international et nationalité, Pedone (2012), p.491

(2) نورد على سبيل المثال اتفاقية الاستثمار المبرمة بين هولاندا والارجنتين بتاريخ 20 أكتوبر 1992.

و في حالة عدم تنصيص اتفاقية الاستثمار على عنصر «الرقابة»، فإن غالبية هيئات التحكيم تعتبر أن هذا العنصر غير ضروري، و يكفي، و الحالة هاته، أن يكون الشخص المعنوي قد تم تأسيسه في البلد الطرف في هذه الاتفاقية، و نستحضر في هذا الاطار الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركة Tokios Tokeles ضد أوكرانيا، إذ أن هذه الشركة، التي تحمل الجنسية الليتوانية، أسست فرعا لها في أوكرانيا من أجل مباشرة الاستثمار في هذا البلد، وتقدمت بطلب من أجل مقاضاة أوكرانيا، بناء على اتفاقية الاستثمار المبرمة بين أوكرانيا و ليتوانيا، علما بأن شركة Tokios Tokeles مملوكة من قبل مواطنين أوكرانيين بنسبة 99%، غير أنه وفقا للقانون الليتواني الواجب التطبيق في الاتفاقية المذكورة، فإن مقر التأسيس يعتبر كافيا لتحديد جنسية الشخص المعنوي، الأمر الذي دفع بهيئة التحكيم، في ظل عدم وجود أي مقتضى في اتفاقية الاستثمار ينص على شرط «الرقابة»، إلى اعتبار أن هذه الشركة تستفيد من حماية اتفاقية الاستثمار على الرغم من أنها مملوكة بنسبة 99% لمواطنين أوكرانيين الذي يمارسون أعمال الرقابة و الادارة([1]).

و يثير موقف هيئة التحكيم في هذه القضية مجموعة من التساؤلات، خاصة حول منح صفة «المستثمر» لشخص معنوي بناء على البلد الذي يوجد فيه مقر تأسيسه، و ذلك بغض النظر عن ما إذا كان المساهمين في هذه الشركة، الحاملين لجنسية البلد المستضيف للاستثمار، قد تعمدوا، أم لا، إنشاء شركات خارج هذا البلد من أجل التمتع بالحماية التي تمنحها اتفاقية الاستثمار الموقعة بين البلد الذي يحمل جنسيته المساهمين و البلد الذي تحمل جنسيته الشركة، و هو ما يدفعنا إلى اقتراح التنصيص في اتفاقيات الاستثمار على استثناء، من حماية هذه الأخيرة، الشركات غير الخاضعة لرقابة مواطني البلد الأصلي أو الخاضعة لرقابة مواطني البلد المضيف للاستثمار.

---

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر في إطار CIRDI في قضية شركةTokios Tokeles ضد أوكرانيا بتاريخ 29 أبريل 2004 في القضية عدد ARB/02/18.

و بالرجوع إلى اتفاقية واشنطن (المادة 25) و المبادئ العامة في القانون الدولي، فإن المستثمر المدعي يجب أن يستوفي التعريف المضمن في اتفاقية الاستثمار حول «المستثمر» و ذلك وقت الاتفاق على التحكيم أي بالنسبة للمستثمر وقت تقديم طلب التحكيم ([1]).

الفقرة الثانية: النطاق الموضوعي للتحكيم في منازعات الاستثمار

إذا كان النطاق الشخصي للتحكيم في منازعات الاستثمار يتحدد في كل من الدولة المستضيفة للاستثمار والمستثمر، فإن نطاقه الموضوعي يتحدد في نوعية وطبيعة المنازعات التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم، ومن ثمة تحديد طبيعة العمليات الاقتصادية التي تدخل في نطاق حماية اتفاقيات الاستثمار وكذا مجال الاختصاص النوعي للهيئة التحكيمية (Compétence ratione materiae).

و إذا كانت اتفاقيات الاستثمار وضعت تعريفا شاملا و عاما للاستثمار و ذلك من خلال وضع لائحة غير حصرية للاستثمارات فإنها اختلفت في تحديد عناصره([2])، و مرد هذا الاختلاف سكوت اتفاقية واشنطن في هذا الخصوص و عدم وضعها لتعريف للاستثمار([3]) إذ حصرت الفقرة الأولى 1 من المادة 25 من الاتفاقية المذكورة مجال اختصاص CIRDI في كل «المنازعات ذات الطابع القانوني الناشئة مباشرة عن الاستثمار»([4])، ليتضح و بالرجوع إلى تاريخ صياغة الاتفاقية المذكورة فإنه و باستثناء المعاملات التجارية العادية،

---

(1) Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine Republic, CIRDI Affaire No. ARB/97/3, Décision sur la compétence (14 novembre 2005), §§ 61- 63

(2) D. Carreau : « Répertoire de droit international, Investissements », Dalloz 2020, § 87.

(3) C. LEBEN : « Répertoire de droit international, Compétence CIRDI » Dallaz 2020, § 59.

(4) جاء في الفقرة 1 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن ما يلي:

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre.

Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement

فإن المادة 25 تشمل تقريبا جميع المجالات ذات النشاط الاقتصادي([1]).

وفي ظل غياب تعريف اتفاقي للاستثمار فإن محاكم التحكيم بما فيها المؤسسة وفقا لنظام CIRDI اختلفت بل تضاربت حول مفهوم الاستثمار، معتمدة في ذلك على اتجاهين، الاتجاه الأول تبنى المعيار الموضوعي أو المستقل (critère objectif) (1) بينما الاتجاه الثاني تبنى المعيار الشخصي أو الاتفاقي (Critère subjectif) (2).

1 . المعيار الموضوعي

تبنت مجموعة من هيئات التحكيم المعيار الموضوعي في تحديد مفهوم الاستثمار، و هو المعيار الذي يقوم على أساس البحث في مضمون وموضوع العملية الاقتصادية موضوع النزاع و ذلك من خلال توفر مجموعة من العناصر الموضوعية التي تفيد «الاستثمار»، و هو ذات المعيار الذي تبناه متصرفي البنك الدولي (Les administrateurs de la Banque Mondiale)([2]).

ومن بين القرارات التحكيمية التي تبنت المعيار الموضوعي، القرار الصادر بتاريخ 10 فبراير 1999 في قضية شركة Antoine Goetz ضد جمهورية بروندي، والقرار الصادر بتاريخ 12 أبريل 2002 في قضية شركة Middle East Shipping and Handling ضد الدولة المصرية.

غير أن معالم مفهوم الاستثمار بدأت تتجلى، ابتداء من سنة 2001 بمناسبة صدور حكم تحكيمي في الاختصاص (Décision sur la compétence) في قضية شركة «ساليني» ضد

(1) Christoph Schreuer : « Commentary on the ICSID Convention », 11 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 318 (1996) p. 358.

(2) جاء في الفقرة 27 من التقرير الصادر عن متصرفي البنك الدولي ما يلي:
« Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement », compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) »

الدولة المغربية بتاريخ 16يوليو2001([1]) إذ حددت هيئة التحكيم العملية الاستثمار عند توفر أربعة عناصر موضوعية، و هي كالتالي:

I. حصص المستثمر (Les apports de l'investisseur)، إذ لا يمكن الحديث عن الاستثمار دون وجود مساهمة من قبل المستثمر، مهما كان شكل هذه المساهمة؛

II. مدة تنفيذ الاستثمار (Une certaine durée d'exécution)، إذ يتعين أن يكون الاستثمار قد تم إنجازه لمدة معقولة، و بالتالي فإن القيام بعملية تجارية لمدة قصيرة لا يمكن اعتبارها استثمار، بل يجب أن تتميز ب «الاستدامة» التي لا يمكن تحقيقها إلا بالمساهمة المتوسطة أو الطويلة الأجل([2])؛

III. المساهمة في مخاطر العملية (Participation aux risques de l'opération)، سواء من حيث تحقيق الأرباح أو تحمل الخسائر؛

IV. المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار (La contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement).

و قد تباينت محاكم التحكيم في الأخذ بهذه المعايير، فمنها من اعتمدها في مجملها، و نذكر من بينها الحكم الصادر في قضية شركة Bayindir ضد باكستان بتاريخ 15 نونبر 2005 و الحكم الصادر في قضية شركة Jan de Nul ضد مصر بتاريخ 16 يونيو 2006 و

(1) Emmanuel Gaillard : « La jurisprudence du CIRDI », Volume I, Editions A. Pedone Paris, Edition Alpha Beyrouth, 2011, p. 621.

(2) Kinnear, Fischer, Mínguez Almeida : « Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID », Dec 2015, p.112.

الحكم في الاختصاص الصادر بتاريخ 1 نونبر 2006 في قضية Patrick Mitchell والكونغو الديمقراطية والمقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 17 ماي 2007 في قضية MHS ضد ماليزيا و القرار الصادر بتاريخ 31 يونيو 2007 في قضية Power Group L C ضد الاكوادور([1])، و الحكم الصادر في قضية شركة Noble energy ضد الاكوادور بتاريخ 5 مارس 2008، في حين أخذ البعض الآخر بالعناصر الثلاثة الأولى، من بينها الحكم التحكيمي الصادر سنة 2006 في قضية LESI ضد دولة الجزائر إذ استبعدت هيئة التحكيم العنصر المرتبط بالمساهمة في التنمية الاقتصادية في البلد المضيف للاستثمار لصعوبة اثباته ([2]) و كذلك الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2010 في قضية شركة Saba Fakes ضد تركيا([3]).

و قد صدرت مؤخرا أحكام تحكيمية عن المركز المذكور اشترطت في الاستثمار أن يكون مشروعا و قانونيا، و بالتالي فإن العملية الاستثمارية حتى تخضع لحماية اتفاقية الاستثمار يجب أن تتوفر فيها بالإضافة إلى العناصر السابقة عنصري احترام القانون و التشريعات الداخلية للبلد المضيف ثم أن تتم هذه العملية بحسن نية، و من بين الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص الحكم الصادر بتاريخ 15 أبريل 2009 في قضية شركة Phoenix Action ضد جمهورية التشيك([4]).

و يتضح من خلال استقراء الحكم الأخير فإن «الاستثمار» حتى يصبح مشروعا ويتمتع، بالتالي، بحماية الدولة المستقبلة له، يجب أن ينفذ وفق القوانين و التشريعات الوطنية المتعلقة بهذا الاستثمار ([5]) و بحسن نية، و قد اعتبرت هيئة التحكيم أنه لا يمكن

(1) Walid Ben Hamida : « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », Gazette du Palais, 15 novembre 2007, n° 349, p.33

(2) Affaire LESI SPA et Astaldi SPA c. Algérie, dossier CIRDI n° ARB/05/3, ordonnance de compétence datée de 12 juillet 2006, par. 72.

(3) Affaire Saba Fakes c. Turkie, CIRDI dossier n° ARB/07/20, sentence datée de 14 juillet 2010, par. 110- 114.

(4) - Emmanuel Gaillard : « La jurisprudence du CIRDI », Volume I, Editions A. Pedone Paris, Edition Alpha Beyrouth, 2011, p. 621

(5) جاء في الفقرة 119 من الحكم التحكيمي ما يلي:
«it would run counter to the object and purpose of investment protection treaties to deny substantive protection to those investments that would violate domestic laws that are unrelated to the very nature of investment regulation».

قراءة وتفسير القانون الدولي للاستثمار بمعزل عن القانون الدولي العام و مبادئه العامة، وبنت تحديدها لمفهوم الاستثمار طبقا لاتفاقية واشنطن و اتفاقية الاستثمار على مبادئ القانون الدولي، كما اعتبرت أن الاستثمارات «الشرعية» أو «القانونية» هي التي يمكن أن تستفيد من الحماية الدولية المخولة بمقتضى اتفاقية واشنطن([1])، و من ثمة فإنه يتعين أن تستجيب العملية الاقتصادية موضوع النزاع إلى مقتضيات القانون الداخلي للبلد المضيف (Condition de la légalité interne)، و هذا الشرط يتماشى و المقولة القديمة «emo auditur propriam turpitudinem alleagans» ([2])، التي تفيد أنه لا يمكن لأي شخص أن يستفيد من دناءته من أجل اللجوء إلى القضاء، كما أن هذا الشرط يحيلنا على نظرية في القانون الدولي و هي «نظرية الأيادي النظيفة» كشرط لقبول المطالبات الدولية([3]).

أما بخصوص الشرط الثاني المتمثل في ضرورة القيام بالعملية الاقتصادية بحسن نية، فقد اعتبرت ذات محكمة التحكيم في قضية Phoenix) النقطة 106 من القرار) أنه لا يمكن اعتبار الدول خاضعة لنظام تسوية المنازعات المعتمد من قبل CIRDI بالنسبة للاستثمارات التي لم تنجز بحسن نية([4]).

و أضافت هيئة التحكيم أن الاستثمارات المنجزة طبقا للمبدأ الوارد في القانون الدولي

(1) (النقطة 100 من القرار التحكيمي): (طبقا للترجمة إلى اللغة الفرنسية الواردة في المرجع السابق)
« Le but du mécanisme international de protection des investissements par l'arbitrage CIRDI ne peut être de protéger les investissements effectués en violation des lois de l'Etat d'accueil ou les investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, obtenus par exemple à la suite de fausses représentations, dissimulations ou par corruption ou s'analysant en un abus de système d'arbitrage international CIRDI. En d'autres termes, le but de la protection internationale est de protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi ».

(2) Adages du droit français, l'Hermes, 1986, p.579.

(3) Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales, Jean Salmon, AFDI, vol. 10 1964, 225

(4) جاء في النقطة 106 من حكم التحكيم ما يلي:
« Les Etats ne peuvent pas être considérés comme offrant l'accès au système des différends du CIRDI aux investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, la protection de l'arbitrage international des investissements ne peut être accordée si une telle protection est contraire aux principes généraux du droit international, au rang desquels le principe de bonne foi est de première importance ».

المتمثل في حسن نية هي التي يمكن أن تستفيد من نظام حماية الاستثمارات الدولية المعتمد من قبل CIRDI([1]).

و في نفس السياق نورد الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركةHamster ضد غانا (ملف عدد ARB/07/24)([2])، عندما قضت هيئة التحكيم برفض طلب الجهة الطالبة، لعلة أن المستثمر خالف القوانين الخاصة بدولة غانا، المتعلقة بالقانون الجنائي و قانون الشركات، و اعتبرت أن الاستثمار غير شرعي، و بالتالي لا يمكنه الاستفادة من الحماية المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار([3]).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد، اشترطت لصحة الاستثمار أن يكون مطابقا للقانون الوطني للبلد الستضيف له، إذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى ما يلي:

« ويجب أن تتم هذه الاستثمارات وفقا لقوانين وأنظمة البلد المضيف»

2- المعيار الشخصي

يتوقف تحديد مفهوم الاستثمار، حسب المعيار الشخصي، على ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الدولية للاستثمار TBI، ومن ثمة فإن اختصاص المركز ينعقد بمجرد ما يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، صراحة أو ضمنيا، سواء في العقد أو في اتفاقية الاستثمار أو في القانون الوطني المتعلق بالاستثمار، وبمقتضى هذا الاتفاق يعتبر أطراف أن العملية موضوع النزاع تشكل استثمارا.

---

(1) جاء في الفقرة 113 من الحكم التحكيمي ما يلي:
« Le tribunal doit éviter l'utilisation abusive du système de protection des investissements internationaux en application de la convention CIRDI en s'assurant que seuls les investissements réalisés en conformité avec le principe international de bonne foi et qui ne tentent pas de faire un mauvais usage du système, sont protégés ».

(2) S. Manciaux : « Chroniques des sentences arbitrales », JDI, n°2, avril 2011, chron.5.

(3) الفقرات 130و 131 و 132 من حكم التحكيم.

و في هذا الاطار نستحضر القرار الصادر عن محكمة التحكيم في قضية شركة Biwater ضد دولة تانزانيا التي اعتبرت أنه ليس هناك ما يلزم التقيد بالمعايير الخمسة المعتمدة في قضية Salini، و أن هذه المعايير غير قارة و غير ملزمة و لا وجود لها في اتفاقية واشنطن([1]).

كما اعتبرت الهيئة التحكيمية في قضية شركة Biwater أن المعايير المعتمدة في قضية Salini تثير مجموعة من الإشكالات إذ يجب لاعتبار عملية ما بمثابة استثمار و بالتالي تدخل في نطاق اختصاص CIRDI أن تتضمن هذه المعايير، ما من شأنه أن يبعد بطريقة «تعسفية» بعض المنازعات من اختصاص المركز المذكور، كما من شأن ذلك وضع تعاريف للاستثمار في مخالفة لما تم الاتفاق بين الأطراف، فمن غير المفهوم أن مجموعة من الاتفاقيات الدولية الثنائية وضعت تعريفا للاستثمار أكثر شمولية من التعريف الممنوح في قضية Salini و أن يتم قراءة تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن بشكل ضيق و محصور.

و قد تم تأييد هذا الموقف من قبل لجنة الطعن التابعة ل CIRDI سنة 2009 في قضية شركة Historical Salvors ضد دولة ماليزيا ([2])، أما هيئة التحكيم في القرار الصادر عنها بتاريخ 4 غشت 2011 في قضية شركة Abaclat ضد دولة الأرجنتين فقد اعتبرت أن المعايير المحددة من قبل هيئة التحكيم في قضية ساليني لم يتم التنصيص عليها في اتفاقية واشنطن، وبالتالي فإنها لا ترى أي مصلحة في الأخذ بهذه المعايير والتي لا يجب اعتمادها من أجل حصر مفهوم الاستثمار، و هو ما لم يحدده لا اتفاقية واشنطن و لا الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار ([3]).

---

(1) Affaire société Biwater Gauff c. Tanzanie, dossier CIRDI n° ARB/05/22, sentence de 24 juillet 2008, par. 312-314.

(2) Affaire société Malaysian Historical c. Malaysie, dossier CIRDI n° ARB/05/10, décision datée de 16 avril 2009, par. 79.

(3) Affaire société Abaclat and others c. Argentine, dossier CIRDI n° ARB/07/5, décision datée de 4 aout 2011, par. 364.

ويتبين مما سبق أن بعض هيئات التحكيم استبعدت المعايير المعتمدة في قضية Salini من أجل تحديد مفهوم الاستثمار وبالتالي استبعاد المعيار الموضوعي وفضلت الاعتماد على التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية للاستثمار المطبقة في النزاع.

و في الأخير، و أمام عدم وجود تعريف اتفاقي للاستثمار و تضارب هيئات التحكيم في تحديده فإنه يقع على عاتق الجهة المدعية عبء اثبات عملية ما بمثابة استثمار، و بالتالي انعقاد اختصاص هيئة التحكيم [1].

المطلب الثالث: موضوع الحقوق المحمية في التحكيم في منازعات الاستثمار

يختلف التحكيم في منازعات الاستثمار عن التحكيم التجاري الدولي التقليدي بشكل كبير، لكون الأول يرتكز على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدول، ثنائية كانت أو جماعية، أكثر من ارتكازه على العقود الخاصة كما هو الحال في التحكيم التجاري الدولي، وهذا الارتكاز الاتفاقي (اتفاقية الاستثمار) ومشاركة الدولة كطرف أساسي فيه يجعل من القانون الدولي العام اللبنة الأساسية في تحكيم الاستثمار.

و انطلاقا من كون اتفاقيات الاستثمار تهدف إلى حماية و تشجيع الاستثمار فإنها تتضمن مجموعة من القواعد المادية، التي تمنح للمستثمر مجموعة من الحقوق، و مخالفة الدولة لهذه القواعد يعتبر بمثابة مساس بالاستثمار، و تضمن هذه القواعد المادية للمستثمر المعاملة الفضلى و المثلى لاستثماره ورفع جميع الصعوبات القانونية والسياسية التي من شأنها عرقلة تدفق الاستثمارات أو تعريضها للخطر، غير أن تحديد هذه القواعد المادية و حصرها يرتبط بالمصطلحات المستعملة في اتفاقيات الاستثمار، التي يختلف شكلها و موضوعها باختلاف الاتفاقيات الدولية لتشجيع و حماية الاستثمار.

---

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 14 يوليوز 2006 في قضية شركة Azurix ضد الأرجنتين

ومن خلال الاطلاع على اتفاقيات الاستثمار الدولية، فإن القواعد المادية محددة ومحصورة، ومخالفة هذه القواعد من قبل الدولة المستقبلة للاستثمار تشكل من الناحية العملية أساس المطالبات المقدمة من قبل المستثمر، كما أن الاجتهادات التحكيمية في تطور مستمر فيما يتعلق بالتوسع في مضمون ومغزى هذه القواعد.

وتمنح معظم القواعد المادية حقوقا للمستثمر، وهي الحقوق الموضوعية التي من بينها ما يلي:

الفقرة الأولى: الحقوق المتصلة بالمستثمر

1. الحق في المعاملة الأكثر أفضلية (Le droit au traitement de la nation la plus favorisée) والحق في المعاملة الوطنية (Le droit au traitement national)

نصت الاتفاقيات الدولية للاستثمار على الحق في المعاملة الأكثر أفضلية و الحق في المعاملة الوطنية، غير أن هناك بعض الاتفاقيات التي ضمنتهما في شرط واحد، كما هو الحال في بعض الاتفاقيات المبرمة من قبل المغرب كالاتفاقية المبرمة مع إيطاليا([1]) و

(1) جاء في المادة 3 المعنونة ب شرط الدولة الأكثر رعاية والمعاملة الوطنية من الاتفاقية المبرمة بين المغرب و إيطاليا المؤرخة في 26 سبتمبر 1990 (ج.ر عدد 4818 بتاريخ 3 غشت 2000 ص 2128)، ما يلي:
«1- على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق اقليمه استثمارات وعائدات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل عن تلك التي يمنحها لاستثمارات و عائدات المستثمرين التابعبن له و لاستثمارات و عائدات المستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة.
2- على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فيما يخص الإدارة، والصيانة والانتفاع، والتمتع أو التصرف في استثماراتهم، معاملة لا تقل رقابة عن تلك التي يمنحها للمستثمرين التابعين له أو للمستثمرين التابعين لدولة ثالثة.
3- لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الوطنية فيما يخص الانتفاع من الإعانات والقروض والتأمينات والضمانات التي تقدمها حكومة أحد الطرفين المتعاقدين حصرا إلى رعاياها أو لشركاتها في إطار أنشطة برامج التنمية الوطنية.
4- لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الممنوحة لمستثمري دولة ثالثة من قبل الطرفين المتعاقدين في نطاق اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو منطقة للتبادل الحر أو اتفاقية جهوية أو شبه جهوية أو اتفاق اقتصادي دولي متعدد الأطراف أو اتفاق مبرم بين أحد الطرفين. المتعاقدين وبين دولة ثالثة من أجل تجنب الازدواج الضريبي أو من أجل تسهيل التجارة على الحدود.»

الاتفاقية المبرمة مع السويد[1] في حين هناك اتفاقيات أخرى نصت على كل حق من هاذين في بند مستقل.

ونظرا للاختلاف بين هاذين الحقين سنقوم بعرض كل حق على حدى، و ذلك وفق الشكل التالي:

أ- الحق في المعاملة الوطنية

يقوم هذا الحق على أساس عدم تمييز الدولة المستقبلة للاستثمار بين المستثمرين بناء على الجنسية، ويقوم هذا الحق على أساس التزام الدولة المستضيفة لاستثماره بمنح المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي يستفيد منها مستثمري هذه الدولة، وهذا الالتزام يمنح المستثمر الأجنبي حماية ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضع المستثمر الأجنبي في وضعية تنافسية أقل بالمقارنة من المستثمر الوطني.

ومراقبة ما إذا كان الحق في المعاملة الوطنية الممنوحة للمستثمر قد تمت مخالفته ام لا، يمر من مرحلتين:

بداية يتعين التأكد ما إذا كان المستثمر الأجنبي والمستثمر المحلي موضوع المقارنة يمكن أن يكونا فعلا موضوع المقارنة ذاتها، ومن أجل ذلك يتعين البحث ما إذا كان

(1) جاء في المادة الثالثة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد بتاريخ 26 سبتمبر 1990 (ج.ر عدد 5743 المؤرخة في 15 يونيو 2009 ص: 3304)، ما يلي:

«1- لا يجب أن تخضع الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين فوق تراب الطرف المتعاقد الآخر لمعاملة أقل أفضلية من تلك التي تمنح للاستثمارات التي تنجز فوق تراب هذا الطرف من قبل رعايا أن شركات دول أخرى.

2- بالرغم من مقتضيات الفقرة 1، إذا أبرم طرف متعاقد معاهدة مع دولة أو عدة دول تتعلق بإنشاء اتحاد جمركي أو منطقة للتبادل الحر أو معاهدة لإرساء اتفاق للتعاون الاقتصادي الموسع قائم على اعتبارات خاصة سيكون حرا في منح معاملة أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات الدولة أو الدول المنظمة لهذا الاتفاق كذلك أو من طرف رعايا أو شركات بعض هذه الدول. كما يكون كل طرف متعاقد حرا في منح معاملة أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات دول أخرى، إذا كانت هذه المعاملة منصوصا عليها في اتفاقيات ثنائية أبرمت مع هذه الدول قبل تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق.

3- لا ينبغي أن تؤول مقتضيات الفقرة 1 من هذه المادة بشكل يجبر أحد الطرفين المتعاقدين على تمتيع مستثمري الطرف المتعاقد الآخر بأية معاملة أو تفضيل أو امتياز مترتب عن اتفاقية ما أو تسوية دولية تتعلق كليا أو في معظمها بالضريبة أو عن تشريع وطني معين يتعلق كليا أو في معظمه بالضريبة.»

المستثمرين يمارسان نفس النشاط أو أن مجال معاملاتهما متقارب بما يكفي لإجراء هذه المقارنة.

وبعد ذلك يتعين أن يكون التصرف الصادر عن البلد المستضيف للاستثمار قد وضع المستثمر الأجنبي في وضعية أقل أفضلية من وضعية المستثمر الوطني.

و قد اختلفت هيئات التحكم في تحديد ما إذا المستثمر ملزم بالإدلاء بما يفيد نية الدولة في اتخاذ الاجراء التمييزي، بين مؤيد لذلك [1] و بين رافض له[2]، و في جميع الأحوال يمكن للدولة أن تبرر أن اتخاذ هذا الاجراء كان لأسباب شرعية ولارتباطها بالمصلحة العامة، وهو ما قضت به هيئة التحكيم في قضية شركة Gami ضد المكسيك [3].

ب- الحق في المعاملة الأكثر أفضلية

يعتبر شرط المعاملة الأكثر أفضلية أو شرط الدولة الأكثر رعاية من الشروط التقليدية و الكلاسيكية في قانون الاتفاقيات، و يضمن هذا الحق للمستثمر الأجنبي معاملة لا تقل أفضلية عن تلك الممنوحة من قبل البلد المستضيف للاستثمار لباقي المستثمرين الأجانب الآخرين و إن كانوا ينتمون إلى بلد آخر ما دام أن البلد تربطه اتفاقية استثمار مع البلد المستضيف للاستثمار، و بعبارة أخرى، في حالة ما إذا كانت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة «أ» و الدولة «ب» (الاتفاقية 1) تتضمن شرط المعاملة الأكثر أفضلية و أن الدولة «أ» أبرمت اتفاقية استثمار مع الدولة «ج» (الاتفاقية 2) التي تتضمن مجموعة من الامتيازات أكثر من تلك الواردة في الاتفاقية 1، فإن المستثمرين المنتمين للدولة «ب»

---

(1) الحكم التحكيم الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/02/8 بتاريخ 6 فبراير 2007 في قضية شركة Siemens ضد الأرجنتين.

(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/99/2 بتاريخ 25 يونيو 2001 في قضية شركة Genin ضد استونيا.

(3) - الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال و NAFTA بتاريخ 15 نونبر 2004 في قضية شركة Gami ضد المكسيك، و في نفس النهج الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال و NAFTA بتاريخ 13 نونبر 2000 في قضية شركة Myers ضد كندا.

يمكنهم الاستفادة الامتيازات الواردة في الاتفاقية2 في مواجهة الدولة «أ»، و الاستفادة من الامتيازات يشمل جميع الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة «أ» بما في ذلك الاتفاقية الجماعية.

وعلى خلاف الأمر بالنسبة للحق المتمثل في المعاملة الوطنية فإن هذا الحق يمنح حماية للمستثمر الأجنبي ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضعه في وضعية تنافسية أقل من باقي المستثمرين الآخرين.

و مما سبق فإنه بناء على شرط المعاملة الأكثر أفضلية يمكن للمستثمر أن يستفيد من المعاملة العادلة و المنصفة المنصوص عليها في اتفاقية أخرى الموقعة بين البلد المستضيف لاستثماره و بلد آخر (1)، كما يمكن بناء على هذا الشرط أن يستفيد المستثمر من طريقة احتساب التعويض عن مصادرة استثماره الأكثر أفضلية الوارد في اتفاقية استثمار أخرى طرفها الدولة المستضيفة للاستثمار (2).

2. الحق في المعاملة العادلة والمنصفة (Le droit à un traitement juste et équitable)

الحق في المعاملة العادلة و المنصفة يعتبر من الحقوق الأكثر شيوعا في الاتفاقيات الدولية للاستثمار، و يثير هذا الحق مجموعة من النقاشات في تحكيم الاستثمار تتمحور حول حدود و نطاق المعاملة العادلة و المنصفة التي يمكن أن يستفيد منها المستثمر الأجنبي، إذ اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن المقصود بهذا الشرط هو أن تتعامل الدولة مع المستثمر بحسن نية و بكل شفافية (3)، في حين اعتبرت لجنة التبادل الحر ل ALENA

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 14 نونبر 2005 في القضية عدد ARB/03/29 بين شركة Bayindir ضد الباكستان.

(2) الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال بتاريخ 14 مارس 2003 بين شركة CME ضد التشيك.

(3) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية ع§دد ARB/99/2 بتاريخ 25 يونيو 2001 في قضية شركة Genin ضد استونيا.

أن الشرط المذكور يساوي المعيار الأدنى لحماية الأجانب في القانون الدولي، و هو الأمر الذي يجعل مفهوم المعاملة العادلة و المنصفة مفهوما مرنا(1) مما يسمح بإدخال مجموعة من التصرفات الصادرة عن الدولة في سلة خرق هذا الحق، لذلك فلا عجب أن نجده من بين الوسائل الأكثر استعمالا من قبل المستثمر في دعاواه التحكيمية.

و قد تضمنت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمها المغرب هذا الشرط، كمثال على ذلك المادة 2 من اتفاقية الاستثمار المبرمة مع ايطاليا بتاريخ 26 سبتمبر 1990 (2)، التي جاء فيها ما يلي:

«1- يقوم كل طرف متعاقد بتشجيع المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر للقيام بالاستثمارات فوق اقليمه، ويرخص بهذه الاستثمارات وفق قوانينه وأنظمته الجاري بها العمل.

2- يتعين على كل طرف متعاقد أن يضمن معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر. ويجب على كل طرف متعاقد أن يكفل لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فوق اقليمه إدارة استثماراته وصيانتها والانتفاع والتمتع بها والتصرف فيها ضد كل تدبير غير عادل أو تمييزي».

ويتضح من خلال الاطلاع على الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الشأن أن التصرفات الصادرة عن الدولة والتي يمكن اعتبارها مخالفة للمعاملة العادلة والمنصفة يمكن إجمالها في صنفين: التصرفات الصادرة عن الدولة التي تمس مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر الأجنبي (1) والتصرفات التي تمس بالانتظارات المشروعة للمستثمر (2).

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/00/3 بتاريخ 30 أبريل 2004 في قضية شركة Waste ضد المكسيك.

(2) هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية عدد 4818 بتاريخ 3 غشت 2000 ص 2128:

أ- التصرفات التي تمس مباشرة بالمستثمر الأجنبي

يتبين من خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام التحكيمية، أن هيئات التحكيم كيفت التصرفات الصادرة عن الدولة و الماسة مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر تعتبر مخالفة لشرط المعاملة العادلة و المنصفة لمساسها ، و من لين هذه التصرفات إنكار المحاكم الوطنية للعدالة أو عدم احترامها لقواعد المحاكمة العادلة (1) و متابعة المستثمر في إطار دعوى قضائية غير شفافة لعدم تبليغه بها (2) و قيام السلطات العمومية ببعض التصرفات التي يمكن تصنيفها كأنها تحرش إداري (3) السحب غير المبرر للترخيص (4) مخالفة الدولة لالتزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر(5).

ب- الانتظارات المشروعة للمستثمر

بناء على شرط المعاملة العادلة و المنصفة يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطالب الدولة بالتعويض لمساسها بانتظاراته المشروعة (6)، وقد تعددت حالات الانتظارات المشروعة للمستثمر بين عدم تحقق انتظاراته المبنية على دراسات توقعية اعتمد فيها على إطار

---

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/98/3 بتاريخ 26 يونيو 2003 في قضية شركة Loewen ضد أمريكا.

للاطلاع أكثر على مسؤولية الدولة لإنكارها العدالة المرجو الاطلاع على:

L. C. Delanoy et T. Prtwood : « La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », Rev., Arb., 2005- 3, p.603.

(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/99/6 بتاريخ 12 أبريل 2002 في قضية شركة Cement ضد مصر.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد ARB(AF)/97/1 بتاريخ 30 غشت 2000 في قضية شركة Talbot ضد كندا.

(3) الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد NAFTA بتاريخ 29 ماي 2003 بين شركة Techmad ضد المكسيك.

(4) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/00/2 بتاريخ 12 أبريل 2002 في قضية شركة Cement ضد مصر.

(5) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد ARB(AF)/99/2 بتاريخ 11 أكتوبر 2002 في قضية شركة Mondev ضد أمريكا.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/00/6 بتاريخ 22 ديسمبر 2003 في قضية شركة RFCC ضد المغرب.

(6) أول حكم تحكيمي قضى بالتعويض بناء على المساس بالانتظارات المشروعة للمستثمر الحكم الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/00/2 بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية شركة Tecmed ضد المكسيك.

قانوني و مؤسساتي الذي كان ساريا في البلد المستضيف للاستثمار قبل الاستثمار فيه([1]) وبين عدم احترام الدولة المستضيفة للاستثمار لالتزاماتها أو تصريحاتها التي قدمتها الدولة من أجل جلب الاستثمار الأجنبي([2]) .

الفقرة الثانية: الحقوق المتصلة بالاستثمار

3- الحق في الحماية ضد المصادرة أو نزع الملكية (Le droit à une protection contre l'expropriation)

تتضمن اتفاقيات الاستثمار بندا بمقتضاه تلتزم الدولة المستضيفة للاستثمار بحماية الاستثمار الأجنبي ضد أي نوع من أنواع المصادرة أو نزع الملكية، ومثال على هذا الشرط ذلك الوارد في المادة 5 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب وإيطاليا، التي جاء فيها ما يلي:

«1- لا يخضع مستثمرو الطرفين المتعاقدين لأي إجراء دائم أو مؤقت يحد من حق الملكية أو الحيازة أو الرقابة أو الانتفاع باستثماراتهم إلا إذا كانت تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل أو كان ذلك ناتجا عن قرار قضائي.

2- لا يمكن لاستثمارات الطرفين المتعاقدين أو استثمارات مستثمريها أن تؤمم أو تنزع ملكيتها أو تخضع لتدابير ذات أثر مماثل للتأميم أو نزع الملكية فوق إقليم الطرفين المتعاقدين إلا إذا كام ذلك:

- من أجل المنفعة العامة؛

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/01/8 بتاريخ 12 ماي 2005 في قضية شركة CMS ضد الأرجنتين؛
الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/02/1 بتاريخ 3 أكتوبر 2006 في قضية شركة LG&E ضد الأرجنتين.

(2) W.M Reisman et M.H Arsanjani : « The question of unilateral Governmental statements as applicable law in investmnt disputes », rev. CIRDI, 2004, p.328.

- وعلى أساس غير تمييزي ووفق إجراء قانوني؛

- ومقابل تعويض سريع، عادل ومناسب.»

والمادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد التي جاء فيها ما يلي:

«1- لا ينبغي لأي أحد من الطرفين المتعاقدين اتخاذ إجراءات التأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء له نفس المفعول يجرد بشكل مباشر أو غير مباشر، رعايا أو شركات الطرف المتعاقد الآخر من الاستثمار أو مداخيل مرتبطة به أو ايراد ناتج عن تصفيته راجع للمستثمر إلا في حالة توفر الشروط التالية:

- أن تتخذ هذه الاجراءات في إطار المصلحة العامة ووفق الشكليات التي يتطلبها القانون؛

- أن تكون هذه الإجراءات غير تمييزية؛

- أن تكون هذه الإجراءات مصحوبة بالأداء المعجل والمناسب والفعلي لتعويض يكون قابلا للتحويل طبقا لمقتضيات المادة 5 الواردة أسفله.

-2 إذا تعرض مستثمر وأحد الطرفين المتعاقدين لخسارة استثمار فوق تراب الطرف المتعاقد الآخر من جراء حرب أو نزاع مسلح أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة أو تمرد أو شغب فإنهم يمنحون فيما يخص أي إرجاع أو تعويض أو مقاصة أو تسوية أخرى، معاملة لا تقل أفضلية عن التي تمنح لمستثمري دولة ثالثة. وستكون الأداءات المترتبة عن ذلك قابل للتحويل طبقا لمقتضيات المادة 5 المشار إليها أسفله.»

ويتضح مما سبق أن البنود المنظمة لعدم المصادرة أو عدم نزع الملكية لا تمنع الدولة عن اتخاذ هذه الإجراءات بل يتعين عليها، فقط، احترام الشروط المحددة في اتفاقية الاستثمار، ومن ثمة ففي حالة مصادرة استثمار أجنبي (مباشرة كانت أو بطريقة غير مباشرة) أو نزع ملكيته لسبب يتعلق بالمصلحة العامة وغير تمييزي فإنه يتعين على الدولة والحالة هاته تعويض المستثمر تعويضا عادلا ومناسبا.

و التأكد من مدى توفر المصلحة العامة من اختصاص هيئات التحكيم في إطار سلطتها التقديرية([1]).

المبحث الثاني: نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار وآليات تشجيعه

يلعب التحكيم دورا أساسيا في تسوية المنازعات المرتبطة بالاستثمار الأجنبي، غير أنه يتعرض لمجموعة من الانتقادات نتيجة صدور مقررات تحكيمية تتسم في بعض الأحيان بتغليب موقف المستثمر الأجنبي على حساب الدولة المستضيفة للاستثمار مما يتطلب البحث عن الأليات القمينة بتجاوز هذه الوضعية (المطلب الأول)، و على الرغم من ذلك يبقى التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار، مقارنة بقضاء الدولة، مما يتعين تشجيعه و منح المقررات التحكيمية الصادرة في منازعات الاستثمار نظام خاص عند الاعتراف بها أو تنفيذها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار وتجلياتها

أبانت الممارسة التحكيمية، لا سيما أمام مركز CIRDI، أن موقف هيئات التحكيم يتجه في الغالب إلى تغليب المصلحة الخاصة للمستثمرين على حساب المصلحة العامة

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد ARB/95/3 بتاريخ 10 فبراير 1999 في قضية شركة Goetz ضد البوراندي.

للدولة المستقبلة للاستثمار (الفقرة الأولى)، كما ان موقف هذه الهيئات يتسم بالتناقض والتضارب فيما بينها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وضعية الدولة المستقبلة للاستثمار في التحكيم في منازعات الاستثمار

عرف التحكيم في منازعات الاستثمار تطورا كبيرا في تسعينيات القرن الماضي، غير أنه بعد أن بدأ «متوازنا» بين أطرافه أصبح اليوم «تحكيمٌ يُحاكم الدول المضيفة»، و تحول من وسيلة موازية لقضاء الدولة في تسوية المنازعات، إلى وسيلة بمقتضاها تفرض الشركات الكبرى شروطها على الدولة المستقبلة للاستثمار بل وأصبحت المنازعات المتعلقة بالتحكيم نفسها أكثر تعقيدا من المنازعات المعروضة أمام القضاء، فبعد أن كان المستثمر الأجنبي هو الطرف الضعيف في نزاعه مع الدولة، أصبحت هذه الأخيرة هي الطرف الضعيف ([1]) نتيجة التنازلات التي منحتها لفائدة المستثمر، المتمثلة في الشروط المضمنة في عقود الاستثمار التي بواسطتها يتم الحد من سلط الدولة، و الأكثر شيوعا نجد شروط الاستقرار (Les clauses de stabilisation) و شروط ....(Les clauses d'intangibilité).

فالشروط الأولى تهدف إلى في مقابل الحصول على فرص الاستثمار لتحقيق التنمية الاقتصادية، مما أدى إلى تغليب المصالح الخاصة للمقاولات الأجنبية على المصلحة العامة للدول المضيفة للاستثمار، الأمر الذي دفع بهذه الدول إلى البحث عن الآليات القمينةبتفادي المخاطر الناجمة عن التحكيم والمخاطر المالية المرتبطة به أو على الأقل التقليل من حدتها.

ويتبين من خلال الاطلاع على الإحصائيات الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات

(1) Etudes par C. Duclerq et C. Jallamion et D. Mainguy et W. Be Hamida et A. Ngwanza et P. Chavasse et M. De Fontmichel et M. Henry et G. Tattevin, actes du colloque du 9 mai 2016, JDI (Clunet) n°1, janvier 2017,1.

الاستثمار سنة 2017 أن نسبة كبيرة من الدعاوى التي يتقدم بها المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة يصدر بخصوصها قرار تحكيمي ضد هذه الأخيرة، في حين أن نسبة أقل يصدر بخصوصها قرار إما بعدم الاختصاص أو برفض الطلب.

ويعود السبب الرئيسي في صدور أحكام تحكيمية ضد الدولة إلى ضعف الموقف القانوني لهذه الأخيرة في التحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار، وذلك للأسباب التالية:

أولا: غياب علاقة قانونية بين الدولة والمستثمر الأجنبي

من بين المؤاخذات على التحكيم المبني على اتفاقية الاستثمار أن مبعث النزاع ليس العلاقة الرابطة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، و إنما التصرف الصادر عن الدولة المضيفة، بناء على التزامات هذه الأخيرة اتجاه الدولة الطرف الآخر و المضمنة في اتفاقية الاستثمار، و ليس اتجاه المستثمر الأجنبي، و من ثمة فإن محور هذا النوع من التحكيم يدور حول أحد طرفيه دون الآخر، ألا و هو الدولة، و أساس تقييم هذا التصرف، التزام مضمن في نص اتفاقية الاستثمار طرفه شخص آخر (دولة أخرى)، الأمر الذي أدى إلى اعتبار تحكيم الاستثمار تحكيما«أحاديا»(1).

ثانيا: منح المستثمر الأجنبي الحماية «المطلقة»

غالبا ما تتضمن اتفاقيات الاستثمار التزامات على عاتق الدولة في مقابل حقوق لفائدة المستثمر الأجنبي، ومن بين هذه الالتزامات المعاملة العادلة و المنصفة (Traitement juste et équitable) و ضمان حماية المستثمر و أمنه و عدم التمييز وحمايته من النزْع المباشر أو غير المباشر للملكية، فهذه الاتفاقيات تمنح المستثمر «حماية مطلقة»، في مقابل التزامات «محتشمة» و «نادرة» (2) للمستثمر الأجنبي إن لم نقل في غياب تام

(1) - W. Ben Hamida : « L'arbitrage transnational unilatéral », Bruylant, 2007, p. 61.

(2) - في دراسة صادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 2001 حول اتفاقيات الاستثمار اعتبرت أن هذه الأخيرة نادرا ما تتضمن التزامات على عاتق المستثمر الأجنبي او البلد المنتمي إليه (CNUDED, «Social Responsability », UNCTAD Series on Issues in International investmentAgreements, 2001,p.17)

لأية التزامات.

ثالثا: اعتبار تحكيم الاستثمار بمثابة «شيك على بياض» لفائدة المستثمر الأجنبي

تضمين اتفاقيات الاستثمار الدولية «عرضا عاما ومفتوحا»، بموجبه يمكن لأي مستثمر اللجوء إلى التحكيم، حتى في ظل غياب علاقة قانونية مباشرة، جعل الدولة تتعاقد مع أشخاص غير معلومين ومعروفين لديها، فهي تقدم عرضا «في الفراغ»، بمقتضاه تمنح لشخص غير معلوم لديها الحق في مقاضاتها عن طريق التحكيم، كأنها توقع «شيكا على بياض» لفائدة شخص مجهول الهوية، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم الذي أساسه العقد، الذي يكون فيه الأطراف معلومين ومعروفين أثناء إبرام شرط التحكيم.

رابعا: احتكار المستثمر تفعيل شرط التحكيم دون الدولة ورفض الطلبات المقابلة

تمنح اتفاقيات الاستثمار للمستثمر الأجنبي امتياز واحتكار اللجوء إلى مسطرة التحكيم، دون الدولة المستقبلة، فوحده له الحق في اللجوء إلى هذه الآلية، واختيار الوقت ونظام التحكيم الذي يراهما مناسبين له، فهو يتمتع بهذا الخصوص بميزة «احتكار» اللجوء إلى محكمة التحكيم، وهو الأمر الذي تفتقده الدولة، ففي تحكيم الاستثمار لا يوجد إلا مدع واحد وهو المستثمر ومدعى عليه واحد و هو الدولة، على خلاف الأمر في التحكيم العادي، إذ أن لكل من طرفيه إمكانية اللجوء إليه، فلهما صفة الطالب والمطلوب.

هذا بالإضافة إلى أن غالبية محاكم التحكيم لا تقبل الطلبات المقابلة المقدمة من قبل الدول في تحكيم الاستثمار الأحادي، ما دامت الاتفاقيات الدولية للاستثمار لا تتضمن أي التزامات عل عاتق المستثمر، وذلك على خلاف الأمر في التحكيم المبني على شرط التحكيم المضمن في العقد.

خامسا: لجوء المستثمر، في بعض الأحيان، إلى التحكيم يكون من أجل المساومة وممارسة الضغط على الدولة

إن لجوء المستثمر الأجنبي، في بعض الأحيان، إلى مسطرة التحكيم يكون الغرض منه «تعسفيا»، وذلك إما من أجل مساومة الدولة المضيفة للاستثمار والضغط عليها أو من أجل الحصول على بعض الامتيازات أو دفع الدولة إلى إبرام صلح مع المستثمر أو من أجل ايقاف مسطرة جنائية جارية في مواجهة المستثمر.

سادسا: تعدد المستفيدين من شرط التحكيم بخصوص نفس النزاع

من بين شروط تفعيل شرط التحكيم المضمن في اتفاقيات الاستثمار، أن يكون موضوع النزاع «استثمار» و طرفيه «مستثمر أجنبي» و «الدولة»، غير أن غياب تعريف موحد للاستثمار، أدى إلى خلق مخاطر للدولة مستقبلة الاستثمار، نتيجة المفاهيم الواسعة و غير الدقيقة المستعملة و المرتبطة خاصة بتعريف «المستثمر» الذي تحميه هذه الاتفاقيات، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا و التي يتم خلالها استخدام أكثر من معيار لإثبات وجود علاقة اقتصادية حقيقية بين المستثمر و دولته الأم.

والتوسع في التعريفات المستعملة من شأنه أن يسنح لشرائح متعددة من الأشخاص، الطبيعية أو المعنوية، بالاستفادة من شرط التحكيم المضمن في الاتفاقية، الأمر الذي يؤدي إلى ازدواجية الحماية (Double protection)، طالما أن المستثمر يمكنه الاستفادة من اتفاقيتين اثنتين، الأولى باعتباره يحمل جنسية البلد الطرف الآخر و من جهة ثانية باعتباره مقيما في بلد آخر.

كما أن من شأن ذلك أن يوسع من مجال تطبيق الاتفاقية، و بالتالي احتمال كثرة المنازعات التحكيمية، طالما أن بعض الشركات، على الرغم من أنها تحمل جنسية دولة

غير طرف في الاتفاقية، يمكنها الاستفادة من هذه الاتفاقية واكتسابها صفة «المستثمر» بشرط أن تكون مندمجة في «مجموعة الشركات» التي تحمل جنسية الدولة الطرف، و في هذا الاطار من الضروري التذكير بقضية شركة (SulukaInvestements)، التي تعتبر شركة مملوكة لرأسمال ياباني بنسبة 100%، و استفادت، مع ذلك، من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين دولتي التشيك وهولاندا، في نزاعها مع الدولة التشيكية، مستغلة بذلك الجنسية الهولندية لمجموعة الشركات المندمجة فيها(1).

كما أن من شأن اعتماد معيار «الاندماج» في تحديد مفهوم «المجموعات» أن يدفع مستثمر إلى تقديم دعوى في مواجهة الدولة المستضيفة للاستثمار، التي يحمل جنسيتها، وذلك في حالة تأسيسه أو اندماجه في مجموعة شركات تحمل جنسية الدولة الطرف الأخرى.

أما بخصوص «المساهمين» في الشركات (Les actionnaires)، فعلى خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم العادي الذي يقوم على أساس اتفاق التحكيم، فإن الممارسة التحكيمية أبانت عن جواز لجوء المساهمين في الشركة المستثمرة إلى مسطرة التحكيم.

و في هذا الإطار، لا بد من الإشارة إلى مجموعة من الأحكام التحكيمية الصادرة عن CIRDI، خاصة التي كانت دولة الأرجنتين طرفا فيها، من بينها قضية شركة (CMS Gas) التي تقدمت، بصفتها مساهمة في الشركة المستفيدة من الاستثمار، بطلب تحكيم في مواجهة الأرجنتين(2).

ويترتب عما سبق مجموعة من الآثار على الدولة، التي يمكن أن تنعكس سلبا على ماليتها وكذلك ترشيد الوسائل والإمكانيات (Economie de moyens) كما من شأن ذلك

(1) - الحكم التحكيمي الجزئي الصادر بتاريخ 16 مارس 2006.
(2) - الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 17 يوليوز 2003، منشور في: La jurisprudence du CIRDI, Vol 1, Emamnuel Gaillard, Pedone, 2011, p. 793).

صدور أحكام تحكيمية متعارضة بالإضافة إلى إمكانية منح تعويض مزدوج مبني على نفس الأسباب.

الفقرة الثانية: تجليات نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

إذا كان التحكيم يتمتع بمجموعة من المميزات، فإن الممارسة التحكيمية أبانت عن ظهور مجموعة من النواقص التي تعتلي هذه الآلية، كطول مدة التحكيم التي قد تصل في بعض الأحيان إلى أكثر من سنتين، وذلك لأسباب متعددة (على سبيل المثال، التأخير في تعيين المحكم وعدم الاتفاق على اختيار رئيس الهيئة التحكيمية و عدم سداد مصاريف التحكيم أو اتعاب هيئة التحكيم) وارتفاع المصاريف و التكاليف المرتبطة بهذه المسطرة (تبلغ في المتوسط التكلفة الاجمالية للدعوى التحكيمية الواحدة أكثر من مليار دولار أمريكي).

غير أن اعتماد التحكيم كآلية لتسوية المنازعات بصفة عامة و منازعات الاستثمار بصفة خاصة أدى إلى ظهور العديد من النواقص و الشوائب التي اعترت هذه المسطرة، و لا سيما حول مدى قدرته على تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة من قبل الدولة، فبعد أن بدأ التحكيم «متوازنا» أصبح اليوم «تحكيمٌ يُحاكم الدول المضيفة»، و تحول من وسيلة موازية لقضاء الدولة في تسوية المنازعات، إلى وسيلة بمقتضاها تفرض الشركات الكبرى شروطها على الدولة المستقبلة للاستثمار بل وأصبحت المنازعات المتعلقة بالتحكيم نفسها أكثر تعقيدا من المنازعات المعروضة أمام القضاء، فبعد أن كان المستثمر الأجنبي هو الطرف الضعيف في نزاعه مع الدولة، أصبحت هذه الأخيرة هي الطرف الضعيف (1) نتيجة التنازلات التي منحتها لفائدة المستثمر، مما أدى إلى تغليب المصالح الخاصة للمقاولات الأجنبية على المصلحة العامة للدول المضيفة للاستثمار.

(1) Etudes par C. Duclerq et C. Jallamion et D. Mainguy et W. Be Hamida et A. Ngwanza et P. Chavasse et M. De Fontmichel et M. Henry et G. Tattevin, actes du colloque du 9 mai 2016, JDI (Clunet) n°1, janvier 2017,1.

و من بين الانتقادات الموجهة إلى التحكيم في منازعات الاستثمار عدم اتساق المقررات التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم والقدرة على التنبؤ بمآل القضايا التحكيمية، و هو الأمر الناتج عن عدم توحيد المفاهيم بين هيئات التحكيمية و التباين في تفسير الالتزامات الموضوعية وفي الاختلاف حول نطاق الاختصاص وقبول المطالبة التحكيمية وعدم الاتساق فيما يخص الإجراءات هذا بالإضافة إلى غياب آلية لمواجهة تعدد المساطر و محدودية الآليات الحالية في مواجهة غياب الإتساق عن أحكام هيئات التحكيم وعدم صحتها، و الذي يعتبر السبب الرئيسي في ذلك هو الارتباط الوثيق بين النظام الحالي لتسوية المنازعات ومضامين الاتفاقيات الدولية والتي في الغالب ما تتضمن أحكاما عامة، تمت صياغتها بطريقة فضفاضة تجعلها قابلة لعدة تأويلات وتفسيرات، إضافة إلى أن التباين في الأحكام التحكيمية قد يرجع إلى تنوع الأطراف في عملية التسوية ومحدودية إمكانية مراجعة مقررات التحكيم.

ومن بين تجليات عدم اتساق المقررات التحكيمية تباين تفسير بعض المفاهيم المرتبطة بالالتزامات الموضوعية المضمنة في اتفاقيات الاستثمار وبعض المساطر الاجرائية، التي من جملتها المفاهيم التالية:

- شرط المعاملة العادلة والمنصفة؛
- شروط المظلة (Clauses parapluie)؛
- مبدأ الضرورة/ الاعتبارات الأمنية الضرورية؛
- الظروف المواتية للاستثمار؛
- مفهوم الاستثمار؛

- مفهوم المستثمر؛
- شرط الدولة الأولى بالرعاية؛
- احترام فترة المطالبة الودية.

أ. المعاملة العادلة والمنصفة:

يعتبر شرط المعاملة العادلة والمنصفة من بين أهم الالتزامات الدولية للدول المستضيفة للإستثمار، حيث تتعهد الدول بموجب هذا الشرط بضمان معاملة مطابقة لقواعد القانون الدولي العرفي ولمقتضيات العدالة والإنصاف، غير أنه يلاحظ وجود تباين وعدم اتساق فيما يخص تحديد محتوى هذا الالتزام، فرغم أن هناك نوع من الثبات حول محتواه من قبيل التشديد على الحاجة إلى إطار قانوني وتجاري يتميز بالاستقرار في الدول المضيفة والتخلي على سوء النية من جانب هذه الدول ومراعاة التوقعات المشروعة للمستثمر. إلا أن هناك أحكام تحكيمية تتوسع في تفسير مفهوم شرط المعاملة العادلة والمنصفة كما هو الشأن في الحكم الصادر بتاريخ 30 غشت 2000 في قضيةMetalclad corporation ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/97/1)، والحكم الصادر بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية Tecnicas Medioambientales ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/00/2). في المقابل هناك أحكام أخرى أكثر تتشددا في تفسير هذا الشرط كما هو الشأن في الحكم الصادر بتاريخ 30 أبريل 2004 في قضية Waste Management Inc. ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/00/3).

ويمكن ملاحظة تضارب التفسيرات التي تمنحها الأحكام التحكيمية لشرط المعاملة العادلة والمنصفة خصوصا فيما يتعلق بالمفاهيم التالية:

1. مفهوم الحرمان من العدالة (إنكار العدالة)

لطالما ناقشت الاحكام التحكيمية محتوى ومضمون مفهوم الحرمان من العدالة، فهل يتعلق الأمر بالحرمان الموضوعي من العدالة أو الحرمان الإجرائي فقط؟ لقد صدرت عدة أحكام تشير إلى وقوع حرمان إجرائي وموضوعي من العدالة دون أن يكون هناك دليل على ذلك، كما هو الشأن في الحكم الصادر بتاريخ 2 نونبر 2008 في القضية بينJan de Nul N.V و Dredging International N.V ضد جمهورية مصر العربية (ARB/04/13).

كما أن هناك تعدد في التفسيرات وعدم اتساق حول معيار إثبات وقوع الحرمان من العدالة في سياق الحماية التي يوفرها بند المعاملة العادلة والمنصفة. فبالنسبة لبعض الأحكام فإن الحرمان من العدالة في إطار القانون الدولي العرفي وشرط المعاملة العادلة والمنصفة لا ينفصلان، وقد تطورا ليصبحا صيغة الحديثة للحرمان من العدالة (الحكم الصادر بتاريخ 29 يوليو 2014 في إطار قواعد الاونيسترال بين OAO Tatneft ضد أوكرانيا) كما قد نجد بعض الأحكام تشير إلى أن مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة يشير إلى مفهوم الحرمان من العدالة في القانون الدولي العرفي (قضية Iberdrola Energia S.A ضد جمهورية غواتيمالا، حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم ARB/09/5 الصادر بتاريخ 18 غشت 2012).

2. مفهوم التوقعات المشروعة للمستثمر:

ترتكز توقعات المستثمر على النظام القانوني للدولة المضيفة وعلى الالتزامات التي تعهدت بها وبالتالي فإن قيام الدولة بتعديل نظامها القانوني أو تعهداتها قد يشكل مخالفة لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، الأمر الذي يثير التساؤل

حول مدى اعتبار عدم تحقق التوقعات المشروعة للمستثمر بمثابة خرق لمعايير المعاملة العادلة والمنصفة، وعلى الآلية التي تستند عليها هذه التوقعات، هل يتعلق الأمر بالتزام من جانب الدولة المستضيفة للاستثمار أو قد تنشأ هذه التوقعات جراء مضامين النصوص القانونية؟

هذا النقاش لم تحسم فيه الأحكام التحكيمية، فهناك من يشير إلى أن حماية التوقعات المشروعة للمستثمر يمكن أن يكون مصدرها القانون، كما هو الشأن في الحكم التحكيمي الصادر عن مركز التحكيم التابع للغرفة التجارية في استكهولم بتاريخ 21 يناير 2016 في قضية Charanne and Construction Investments ضد اسبانيا (الحكم رقم V062/2012)، في حين هناك أحكاما تحكيمية تقر صراحة أو ضمنيا أن حماية التوقعات المشروعة للمستثمر قد يكون مصدرها التشريع أو القانون كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بتاريخ 12 ماي 2005 في القضية بين CMS Gas Transmission Company ضد جمهورية الأرجنتين (ARB/01/8) والحكم الصادر بتاريخ 30 نونبر 2012 في القضية بين Electrabel S.A ضد هنغاريا (ARB/07/19).

3. المعاملة العادلة والمنصفة وفق القانون الدولي:

هناك اختلاف بين هيئات التحكيم حول تفسير القانون الدولي لشرط المعاملة العادلة والمنصفة المضمن في اتفاقيات الاستثمار، إذ نجد موقفين:

الموقف الأول يعتمد على المعيار «الأدنى» للمعاملة، من منطلق أن اتفاقيات الاستثمار تشترط المعاملة العادلة والمنصفة دون تحديد موضوعها و نطاقها و دون التطرق لأي معيار معين، ووفقا لهذا الاتجاه فإن المعاملة العادلة والمنصفة ليست سوى تعبير عن القاعدة العرفية للمعيار الأدنى، التي تحدد

في الحالات القصوى لسوء معاملة الأجانب كسوء النية أو الازدراء أو الانتهاك المتعمد لواجب الدولة في اتخاذ الإجراءات الكافية لحماية الاستثمار، التي لا يمكن لأي رجل عاقل ومحايد أن يفشل في مراعاتها.

وفي هذا الخصوص، نجد الحكم الصادر بتاريخ 13 نونبر 2000 في القضية بين S.D. Myers, Inc. ضد حكومة كندا.

أما الموقف الثاني، و على خلاف الأول، فإنه لا يكفي لاحترام قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة الوفاء بالالتزام العرفي وفقا للمعيار الأدنى، و إنما يتطلب الأمر أكثر من ذلك من خلال إلزام الدولة بالقيام بمعاملة على أعلى مستوى و بكل تجرد، و في هذا الخصوص نجد الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية شركة Tecmed ضد المكسيك.

أ- شروط المظلة (Clauses Parapluie)

يستعمل شرط المظلة (Clause de parapluie) الوارد في اتفاقيات الاستثمار، في الغالب، من أجل منح حماية إضافية للمستثمر، و بناء على هذا الشرط تلتزم الدولة المستقبلة للاستثمار في اتفاقية الاستثمار باحترام جميع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة مع المستثمر([1])، و من ثمة فإن مخالفة الدولة لبنود العقد يرفعها إلى مصاف مخالفتها لبنود اتفاقية الاستثمار، ويطلق عليها شرط المظلة لأنها تضع الالتزامات التعاقدية تحت «مظلة» الحماية التي تمنحها اتفاقية الاستثمار للمستثمر و بمقتضى هذه الشروط فإن مخالفة العقد تصبح مخالفة لاتفاقية الاستثمار([2])، و بذلك فإن هذا الشرط يعمل على توسيع النطاق الموضوعي للتحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار ([3]).

(1) Anthony C. Sinclair : "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", 20 Arb. Int., (2004), p. 411- 434

(2) See Katia Yannaca- Small : « Improving the System of Investor- State Dispute Settlement », OECD Working Papers on International Investment, 2006/01 (OECD Publishing 2006).

(3) حاتم محمد عبد الرحمان: «الإجراءات المتوازية في سياق تحكيم الاستثمار»، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، المجلد 60، العدد 2، دار المنظومة 2018، ص: 410.

و يثير شرط المظلة مجموعة من النقاشات الناتجة عن التضارب في موقف هيئات التحكيم من تفسيره، فمن جهة، هناك بعض الهيئات التحكيمية التي تعتمد التفسير الضيق (in dubio mitius) لهذا الشرط، و ذلك بغية تفضيل الدولة عن المستثمر الأجنبي، من منطلق أن الدولة تتمتع بالسيادة(1)، و في هذا الاطار فقد فسرت هيئة التحكيم في قضية شركة SGS ضد الباكستان شرط المظلة تفسيرا ضيقا معتبرة أنه يتعين على الجهة المدعية الادلاء بالتبريرات الواضحة و المقنعة بأن إرادة أطراف اتفاقية الاستثمار اتجهت نحو رفع المنازعات المتعلقة بالعقد موضوع النزاع إلى مصاف مخالفة الاتفاقية ، و أن شرط احترام الالتزامات الوارد في الاتفاقية لا يشير إلى العقود التي أبرمتها الباكستان و بما أن الجهة المدعية لم تدل بمبررات واضحة و مقنعة بذلك فإن هيئة التحكيم قضت برفض طلب الشركة المستثمرة الرامي إلى النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد(2)؛

(1) M. Petsche : «Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law », Journal of International Arbitration, 2020, Volume 37 Issue 1, p. 1 .

(2) جاء في الفقرتين 166 و 167 من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد الباكستان بتاريخ 6 غشت 2003 ما يلي:

« 166- Firstly, textually, Article 11 falls considerably short of saying what the Claimant asserts it means. The "commitments" the observance of which a Contracting Party is to "constantly guarantee" are not limited to contractual commitments. (175) The commitments referred to may be embedded in, e.g., the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase "constantly [to] guarantee the observance" of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. Further, the "commitments" subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself. As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion. The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically "elevated" to the level of breaches of international treaty law. Thus, it appears to us that while the Claimant has sought to spell out the consequences or inferences it would draw from Article 11, the Article itself does not set forth those consequences.

167.Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far- reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss- Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant.

و من جهة أخرى فإن بعض هيئات التحكيم اعتمدت التفسير الموسع لشرط المظلة إذ اعتبرت هذا الأخير يرفع المخالفات العقدية إلى مصاف المخالفات الاتفاقية و حسب هذه الهيئة فإنه يتعين التمييز بين احترام الدولة لالتزاماتها وتنفيذها كالعقود المبرمة مع المستثمر و بين موضوع و محتوى هذه الالتزامات فالمسائل المتعلقة بمحتوى هذه الالتزامات تبقى ذات طبيعة عقدية والتي يجب تسويتها وفقا للقانون الوطني الواجب التطبيق([1]).

ب. مبدأ الضرورة/ الاعتبارات الأمنية الضرورية

يستخدم مبدأ «الضرورة» على نحو مكثف في عدد من القضايا كآلية تعتمدها الدول كدفع أساسي أو كدفع تكميلي في حالة وجود شرط «الاعتبارات الامنية الرئيسية»، وفي إطار مناقشة مفهوم «الضرورة» في الأحكام الصادرة عن CIRDI يتضح عدم الاتساق بين هيئات التحكيم واللجان المخصصة للنظر في طلبات إلغاء الأحكام التحكيمية، كما هو الشأن في قضية Sempra Energy International ضد جمهورية الأرجنتين قرار بشأن الطلب المقدم من جمهورية الأرجنتين لإلغاء قرار التحكيم (ARB/02/16) وقضية CMS Gas Transmission Company ضد جمهورية الأرجنتين (ARB/01/8) قرار اللجنة بشأن الطلب المقدم من جمهورية الأرجنتين لإلغاء قرار التحكيم الصادر في 25 شتنبر 2007، وقد رفضت اللجنة المخصصة طلب الإلغاء المقدم في قضية CMS على الرغم من عدم موافقتها على النهج التحليلي الذي اتبعته هيئة التحكيم.

(1) جاء في الفقرة 128 من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد الفليبين في القضية عدد ARB/02/6 بتاريخ 29 يناير 2004، ما يلي:

« 128. To summarize the Tribunal›s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different. »

ج. الظروف المناسبة للاستثمار

قدمت الاحكام التحكيمية الصادرة في اطار تسوية منازعات الاستثمار تفسيرات متباينة وغير متسقة لإلتزام الدول المستضيفة بتهيئة الظروف الملائمة و المناسبة للاستثمار، حيث اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن هذا الالتزام ينحصر في تشجيع الظروف المواتية للمستثمرين وتعزيزها، وليس التزاما إيجابيا قائما بذاته تنشأ عن حقوق موضوعية، كما هو الحال في الحكم الصادر في إطار قواعد الاونيسترال بتاريخ 30 نونبر 2011 في قضية White Industries Australia Limited ضد الهند.

وفي المقابل اعتبرته أحكام أخرى إلتزاما موضوعيا بتشجيع الظروف المواتية للمستثمرين (قضية National Grid ضد جمهورية الأرجنتين الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2 نونبر 2008).

د. مفهوم الاستثمار والمستثمر

كما تم بيانه أعلاه، فإن مفهوم «الاستثمار» يثير مجموعة من النقاشات داخل حقل التحكيم في منازعات الاستثمار، وذلك نتيجة التضارب الحاص في موقف هيئات التحكيم بخصوص تحديد هذا المفهوم.

ونفس الملاحظة يمكن إبداؤها عند تحديد مفهوم «المستثمر» نتيجة التباين في تفسير هيئات التحكيمي لصفة المستثمر، والخلاف حول تفسير مفهوم المقر الرئيسي للشركة وفق القانون المحلي أو كمصطلح مستقل يفسر في إطار اتفاقية الاستثمار أو يفسر وفق القانون الدولي العرفي وهل يتعلق الأمر بالمقر الفعلي للشركة أو بمكان تسجيلها.

فهناك أحكام تفسر مفهوم مقر الشركة على أنه «مكان الادارة الفعلية» كالحكم الصادر بتاريخ 29 يناير 2016 في قضيةTenaris S.A و Trading e marketing Sociedade unidpessoal

Lda ضد جمهورية فنزويلا (ARB/11/26)، والحكم الصادر بتاريخ 12 دجنبر 2016 بين Tenaris S.A وTrading e Marketing Sociedade unidpessoal Lda ضد جمهورية فنزويلا (ARB/12/23).

وهناك أحكام أخرى تفسر مفهوم مقر الشركة على أنه «مكان تسجيل الشركة» كالحكم الصادر بتاريخ 31 ماي 2017 في قضيةOrascom TMT Investment S.a.r.l ضد الجزائر (ARB/12/35) والحكم الصادر بتاريخ 26 يوليو 2016 في القضية بين Central European Aluminium Company ضد الجبل الأسود (ARB/14/0).

كما لم تستقر هيئات التحكيم على تفسير معين لمدى سيطرة المدعي على الشركة وأثرها على المطالبة لتحكيمية، هل يجب أن تكون هذه الصلة قانونية فقط أم واقعية أيضا؟ فعلى سبيل المثال، صرحت إحدى هيئات التحكيم أن نقل ملكية أحد الاستثمارات من شركة إلى اخرى ليس كافيا للسماح لهذه الأخيرة بالبدء في اجراءات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بالنظر إلى الحاجة إلى موافقة الأطراف (قضيةBanro American Ressources,Inc و Société Aurifère du Kivu et du Maniema ضد جمهورية الكونغو الديموقراطية (ABR/98/7).

وقد توصلت هيئة التحكيم أخرى إلى أنه «لا خلاف على أن صياغة المادة 25(2) (ب) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار لا تشترط شكلا وحدودا معينة للسيطرة الاجنبية، وعلى وجه التحديد، لا تشترط صراحة السيطرة الفعلية والفعالة بل السيطرة القانونية»، (قضيةCaratube International Oil Company LLP وHourani ضد جمهورية كازاخستان، (ARB/13/13، أما في الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 19 دجنبر 2007 في قضيةTSA Spectrum Argentina, S.A. ضد جمهورية الارجنتين، (ARB/05/5) فقد توصلت هيئة التحكيم إلى أنه من الضروري التيقن مما إذا كانت الشركة المحلية

خاضعة فعليا لسيطرة أجنبية.

ه. شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الأساسية التي تنظم العلاقات والمبادلات الإقتصادية الدولية، وتتعهد الأطراف بموجبه إلى عدم اللجوء إلى ممارسات تمييزية فيما بينها. وتلتزم الدول بموجب هذا الشرط بمعاملة الاستثمارات التابعة لدولة الطرف الثاني في المعاهدة أفضل معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي تتلقاها استثمارات أجنبية أخرى في نفس الظروف.

و يوجد تباين بين الأحكام التحكيمية في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية، فنجد أحكام تنص على أن هذا الشرط يسمح بتغيير مضامين اتفاقيات الاستثمار، نذكر منها على سبيل المثال، الحكم حول الاختصاص الصادر بتاريخ 25 يناير 2000 بين السيد Emilio Agustin Maffezini ومملكة اسبانيا، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار رقم ARB/97/7؛ والحكم الصادر في 20 يونيو 2006 بشأن المسائل الأولية المتعلقة بالاختصاص في قضية Gas Natural SDG, S.A ضد جمهورية الأرجنتين.

في المقابل هناك أحكام تحكيمية أخرى ترفض تغيير مضامين اتفاقيات الاستثمار بناء على شرط الدولة الأولى بالرعاية، ومن بينها مثلا، الحكم حول الاختصاص الصادر بتاريخ 8 فبراير 2005 في قضية Plama Consortium Limited ضد جمهورية بلغاريا، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثماري رقمARB/03/24، و الحكم الصادر بشأن الاختصاص بتاريخ 10 فبراير 2012 عن المحكمة الدائمة للتحكيم في إطار قواعد الاونيسترل في قضية (Services limited (united Kingdom ICS Inspection and Control ضد جمهورية الأرجنتين.

و. احترام مسطرة المطالبة الودية

من الشواغل التي يثيرها التحكيم في منازعات الاستثمار، المسألة المتعلقة بالاختلاف بين هيئات التحكيم حول مدى الزامية احترام فترة المطالبة الودية المضمنة في أغلب اتفاقيات الاستثمار، فهناك أحكام إعتبرت فترة التشاور أو المفاوضات مسألة ذات طابع توجيهي وإجرائي وليس لها طابع ملزم يتعلق بالاختصاص. ومن ثم لا يعد الإمتثال لهذا الشرط اجراء إلزامي مسبق لمنح الإختصاص للهيئة التحكيمية (الحكم التحكيمي الصادر في قضية SGS ضد باكستان بتاريخ 31 يناير 2014).

في حين إعتبر الحكم بشأن الإختصاص الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2010 عن هيئة التحكيم في قضية Murphy Exploration and Production Company International ضد جمهورية اكوادور، قضية رقم ARB/ 08/4 ، أن هذه الفترة إلزامية حيث جاء في الحكم أنه : «وفقا (لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، لا يمكن تجاهل وجود القواعد الواردة في المادة السادسة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين (الولايات المتحدة وإكوادور) فيما يتعلق بالتزام الأطراف بمحاولة التفاوض من أجل تسوية المنازعات، القائمة بينها وعدم إمكانية اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية قبل انقضاء فترة الستة أشهر ... ترفض هيئة التحكيم دفع المدعى بأن فترة الانتظار التي تشترطها المادة(3) (أ) لا تمثل شرطا متعلقا بالاختصاص.»

المطلب الثاني: آليات تجاوز نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

على الرغم من الشهرة الكبير التي أصبح يحتلها التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، فإنه يعاني بدوره من مجموعة من النواقص، الأمر الذي يحتم تدخل المجتمع الدولي المعني بالتحكيم من أجل محاولة تجاوز هاته النواقض (الفقرة الأولى) وإقرار آليات

تساعد على تحقيق الفعالية لا سيما عند الاعتراف وتنفيذ مقرراته التحكيمية (الفقرة الثانية).

4. الفقرة الأولى: آليات تجاوز نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

من أجل تشجيع التحكيم واعتماده كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، وتحسين بيئة الاستثمار العالمية عبر تعزيز الإنصاف والنهوض بسياسات الاستثمار وإصلاح نظام تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين وجعله أكثر شفافية، فإن الضرورة أضحت تستدعي إصلاح الاختلالات التي يعاني منها التحكيم في منازعات الاستثمار لما لهذا الموضوع من أهمية بالنسبة للدول النامية، وذلك بغية تحقيق توازن بين حقوق والتزامات المستثمرين الأجانب والاعتراف بحق الدول المستضيفة للاستثمار في التنظيم والتشريع حماية للمصلحة العامة.

و التحكيم و إن كان يعرف بعض المشاكل القانونية و الصعوبات المسطرية، فإن الأمر لم يصل بعد إلى أزمة شرعية ووجود النظام التحكيمي بمجمله، و إنما يتطلب الأمر تصحيح هذه العيوب وتقويتها، بشكل يسمح بتحقيق الأهداف المتوخاة من التنمية الاقتصادية، هذه الوضعية دفعت بالفاعلين في القانون الدولي إلى البحث عن الآليات و الوسائل القمينة بتفادي المخاطر الناجمة عن التحكيم و المخاطر المالية المرتبطة به أو على الأقل التقليل من حدتها، و ذلك من خلال دراسة ومناقشة نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين و الدول، و في هذا الصدد نادى المجتمع الدولي بضرورة إدخال تعديلات على نظام تسوية منازعات الاستثمار (RDIE) و كذلك إجراء تعديلات على نظام التحكيم المعتمد من قبل CIRDI، و هي التعديلات التي تشكل محور الاجتماعات التي تنعقد منذ سنوات سواء على مستوى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) أو على مستوى CIRDI، والتي تشارك فيها الوكالة القضائية للمملكة بكل

مهنية و مسؤولية، و هي التعديلات و الاقتراحات المتعلقة بالمجالات التالية:

1. **فيما يتعلق بمدلول «الانتظارات المشروعة للمستثمر»:**

نتيجة تضارب موقف هيئات التحكيم حول مدلول «الانتظارات المشروعة للمستثمر» و ما يشكله ذلك من مساس بالصلاحيات السيادية للدولة المستقبلة للاستثمار، لا سيما فيما يتعلق بحقها في التعديل التشريعي، فإن الضرورة تحتم تأطير بشكل دقيق الالتزامات التي يتعين على الدولة احترامها في مقابل الاحتفاظ لها بحرية التشريع في بعض الميادين و المجالات المحددة حصرا، و هي الالتزامات التي يتعين التنصيص عليها في عقد الاستثمار «Contrat d'investissement» المبرم بين الدولة المستضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، و من ثمة لا يتعين تفسير «الانتظارات المشروعة للمستثمر» بكونها «شرط الاستقرار» (Clause de stabilisation). و من هذا المنطلق لا يمكن للمستثمر التمسك بالشروط الواردة في اتفاقية الاستثمار، خاصة المتعلقة بالمعاملة العادلة و المنصفة أو الانتظارات المشروعة للمستثمر لفرض التزام اتجاه الدولة يقضي بعدم إمكانية إدخال تعديلات على قوانينها وتشريعاتها الوطنية؛ و بالتالي فإن أي تصرف تشريعي يهدف إلى حماية المصلحة العامة للدولة لا يمكن اعتباره اخلالا بالتزاماتها الدولية لمساسه اقتصاديا بالمستثمر،

2. **فيما يتعلق باعتماد التحكيم المعجل:**

لقد أبان التحكيم المنظم وفقا للمساطر المعمول بها حاليا عن قصوره و عدم تماشيه مع فلسفة تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة، فقد تم وضع زمرة من الاقتراحات لتفادي ذلك، من جملتها اعتماد التحكيم المعجل كآلية لتسوية المنازعات الاستثمارية.

و من خلال الاطلاع على مجموعة من الكتابات المرتبطة بالتحكيم المعجل، و على

قلتها، فإن الغرض الأساس من هذا النوع من التحكيم هو الإبقاء على هذه الأداة لتسوية النزاع الناشئ بين الأطراف، لكن وفقا لمساطر سريعة، منظمة و مؤطرة في كل مرحلة من مراحل التحكيم، سواء في مرحلة ابرام اتفاق التحكيم أو مرحلة سريان مسطرة التحكيم أو في مرحلة صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

و من تجليات اعتماد السرعة أثناء اعتماد التحكيم، التقليص من مدة التحكيم و التخفيف من مصاريف و تكاليف التحكيم، و ذلك من خلال التقليص من عدد المذكرات المتبادلة بين الأطراف المتنازعة عدم عقد جلسات التحكيم و التقليص من عدد الهيئة التحكيمية من خلال الاكتفاء بمحكم فرد و تحديد آجال قصيرة عند تشكيل هيئة التحكيم و نفس الأمر بالنسبة لإصدار الحكم التحكيمي.

3. **فيما يتعلق بالمصاريف المرتفعة للتحكيم:**

نظرا لما تشكله المصاريف المرتفعة للتحكيم من عبء على كاهل الميزانية العامة للدولة، فقد تم اقتراح خلق إطار يتضمن آلية لمراقبة الطلبات المقدمة من قبل المستثمرين و ذلك من أجل تجاوز لجوء المستثمر الأجنبي المبالغ فيه و «التعسفي» لآلية التحكيم، و كذاك تشجيع «التحكيم السريع» و الرفض التلقائي للطلبات غير المبنية، وذلك من أجل تفادي عرض الدولة المستضيفة للاستثمار للمخاطر القانونية و المالية.

و من أجل ذلك نقترح:

- خلق إطار يتضمن آلية لمراقبة الطلبات المقدمة من قبل المستثمرين و ذلك من أجل تجاوز لجوء المستثمر الأجنبي المبالغ فيه و «التعسفي» لآلية التحكيم، لذلك ومن أجل تفادي عرض الدولة المستضيفة للاستثمار للمخاطر القانونية و المالية، نقترح تشجيع

«التحكيم السريع» و الرفض التلقائي للطلبات غير المبنية؛

- تشجيع اللجوء، بداية، إلى القضاء الوطني لتسوية المنازعات الناشئة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي و لمدة محددة (مثلا 12 شهر)، و ذلك قبل اللجوء إلى نظام (RDIE)، على أن تكون المحاكم الوطنية هي المختصة للنظر في هذا النوع من النزاعات، و يتمتع القضاة فيها بالتخصص اللازم و الضروري في هذه المادة و يتحلون بالحياد عندما تكون الدولة طرفا في النزاع.

4. **فيما يتعلق بغياب الشفافية و تضارب المصالح:**

لقد أبانت الممارسة التحكيمية عن غياب الشفافية و تضارب المصالح، مما قد يشكل مخاطر بالنسبة للتحكيم في منازعات الاستثمار، و ذلك ناتج عن العدد المحدود والمحصور للأشخاص الذين يمكن تعيينهم كمحكمين، الأمر الذي يؤدي إلى «تداور» المهام التي يقوم بها نفس الأشخاص، إذ يقومون في نفس الوقت بممارسة مهمة المحكم والمستشار والمحامي (خير دليل على ذلك تنحي، مؤخرا، المحكم السيدة Malotobi عن النظر في النزاع القائم بين الأرجنتين و أحد المستثمرين بعد أن تبين أن زوجها كان مستشارا لدى هذه الدولة)،

5. **حول مشاركة الأطراف الغير المتنازعة (Parties non contestantes) في مسطرة التحكيم:**

يشكل مشاركة الأطراف غير المتنازعة في مسطرة التحكيم مجموعة من الاشكالات الأمر الذي يثير مجموعة من الملاحظات، و هي كالتالي:

- حول الوضعية القانونية لهذه الأطراف غير المتنازعة، هل تعتبر

خصما أم طرفا مؤيدا لموقف أحد أطراف الدعوى التحكيمية، بالإضافة إلى طبيعة الملاحظات المقدمة من قبلها، هل هي ملاحظات عامة أم ملاحظات تتعلق بالوسائل المعتمدة من قبل الخصوم؛

- حول حدود تدخل هذه الأطراف غير المتنازعة في الدعوى التحكيمية، هل يشمل التدخل كذلك أمام محاكم الدولة عند منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو عند الطعن فيه بالبطلان؟

- حول الصلاحيات الممنوحة لمحكمة التحكيم في قبول أو رفض طلب الأطراف غير المتنازعة والإدلاء بموقفها، دون الرجوع إلى أطراف المنازعة التي يبقى لها الحق فقط في تقديم ملاحظات حول موقف الأطراف غير المتنازعة، الأمر الذي يثير ملاحظة حول الاقدام التعسفي لبعض المؤسسات والجهات، بإيعاز من الغير، على تقديم طلبات ترمي إلى الادلاء بموقفها من النزاع.

6. حول الإفصاح في حالة تمويل الغير لمسطرة التحكيم (Third paty funding):

من بين التعديلات المقترحة من قبل CIRDI ضرورة الإفصاح في حالة قيام الغير بتمويل المسطرة لفائدة أحد الأطراف، مع الادلاء باسم الغير الممول، و ذلك بعد تسجيل طلب التحكيم بالمركز أو عند ابرام اتفاق التمويل من بعد التسجيل، كما أن كل من الطرفين ملزم بالإفصاح عن كل تعديل أو تغيير في المعلومات السابق الادلاء بها.

وبذلك فإن هذا المقترح من شأنه تعزيز مبدأ الشفافية في المنازعات المرتبطة بالاستثمار، و ذلك من خلال مباشرة رقابة على الجهة المانحة، و التأكد من عدم المساس بمبدأ «عدم تضارب المصالح» غير أن التعديل المقترح يثير بعض الملاحظات، سيما فيما يتعلق بعدم التنصيص على الجزاء المترتب عن حالة عدم احترام هذه المقتضيات.

هذا بالإضافة إلى أن تمويل المسطرة التحكيمية من قبل الغير قد يؤثر على صيرورتها، خاصة في حالة ما إذا ما تدخل الممول، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في اختيار المحكمين أو الموفقين، الأمر الذي يستوجب توفر الشفافية أكثر خاصة فيما يتعلق بشخصية الممول وكذلك شروط «عقد التمويل».

زد على ذلك أن التعديل المقترح لم يحدد المقصود بالغير، هل يشمل شركات التأمين، في بعض أنواع من العقود كعقود «الحماية القانونية» المبرمة بين شخص طبيعي أو معنوي و شركة التأمين، التي تلتزم بتحمل المصاريف الضرورية للدفاع عن مصالح المؤمن له في حالة قيام النزاع، في المستقبل، حول تحويل قسط شهري، أو عقود «التأمين بعد الحادث» التي تغطي مصاريف الدعوى في حالة خسارتها من قبل المؤمن له، وهل يشمل الغير كذلك المؤسسات البنكية المانحة للقروض الموجهة إلى تمويل الدعاوى التحكيمية و كذلك المساهمات القضائية المقدمة من قبل الدول و التمويلات المقدمة من قبل الجمعيات، كما هو الشأن في قضية شركة Philipp Morris ضد الأورغواي، عندما تم تمويل المسطرة التحكيمية من قبل جمعية أمريكية و منظمات غير حكومية.

كما أن من شأن تمويل الغير السماح لهذا الأخير بالمساس بسرية الوثائق والمسندات، الأمر الذي يطرح التساؤل حول حماية هذه المعطيات، هل تخضع لنفس الحماية التي تخضع لها علاقة المحامي بموكله، وذلك في ظل غياب إطار قانوني وطني أو دولي لهذا النوع من الخدمات، الذي يتطلب إدخال تعديلات جوهرية على هذا المقتضى.

7. حول الدمج أو التنسيق في مسطرة التحكيم (Consolidation ou coordination d'arbitrage)

من بين التعديلات المقترحة دمج المساطر التحكيمية، و هو الدمج الذي يكون إما اختياريا بالاتفاق بين الأطراف، و هي الآلية التي سبق العمل بها على مستوى CIRDI في مجموعة من القضايا التحكيمية كقضية شركة France Telecom ضد الدولة اللبنانية (الدمج المباشر) كما تم العمل بها في قضية شركة «ساليني» ضد الدولة المغربية، مع اختلاف أن موضوع الاتفاق كان حول الاحتفاظ بنفس الهيئة التحكيمية للنظر في نزاع نزاعين معروضين على CIRDI (الدمج غير المباشر)؛

كما أن هناك نوع آخر من الدمج وهو الدمج الملزم (Consolidation imposée) الذي نصت عليه بعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، كالمادة 11 من معاهدة ELENA.

ويعتبر الدمج الاتفاقي للمساطر التحكيمية آلية وأداة فعالة في يد طرفي النزاع، إذ تمكن الجهة المدعى عليها من مواجهة والتصدي للطلبات المتعددة المقدمة من قبل الجهة المدعية بخصوص نفس الوقائع، كما تمكن هذه الآلية من محاربة وسائل الدفاع التعسفية، هذا بالإضافة إلى أن من ايجابيات الدمج التقليص من المصاريف وتفادي مخاطر التفسيرات المتضاربة أمام محاكم التحكيم.

وفي ذات السياق وتفاديا للتضارب بين الأحكام التحكيمية وبين المصالح، فإنه يتعين البحث عن «آلية متعددة الأطراف» تتوخى تسوية المنازعات الناتجة اتفاقيات الاستثمار، كما هو الحال بالنسبة للمشروع المقدم من قبل الاتحاد الأوربي المتعلق بإنشاء محكمة دولية دائمة لفض منازعات الاستثمار، غير أن البحث عن هذه الآلية لازالت مجرد «فكرة» مطروحة أمام المهتمين في مجال تحكيم الاستثمار وتتطلب سنوات من الدراسة والتمعن، قصد بلورتها على أرض الواقع؛

غير أن هذه الإجراءات والآليات وحدها غير كافية لمعالجة اشكالية صحة وانسجام الاحكام التحكيمية، فالتفسير الملزم على سبيل المثال لا يمكن استخدامه سوى في ظروف محدودة، كما أن صياغة اتفاقيات الاستثمار بعناية لا يضمن القدرة على التنبؤ لكون الأفكار المجردة دائما ما تكون عرضة للتفسير والتأويل.

الفقرة الثانية: الاعتراف بالمقررات التحكيمية الصادرة في منازعات الاستثمار وتنفيذها و إبطالها

تمتاز المقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI بنظامها الخاص سواء فيما يتعلق بالاعتراف بها وتنفيذه (أولا) أو فيما يتعلق بمراجعتها والطعن فيها (ثانيا).

أولا: الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية:

إذا كان التحكيم يعتبر الآلية الفضلى لتسوية منازعات الاستثمار أبان عن نجاعته، على الرغم من بعض الانتقادات الموجهة إليه، فإن فعاليته لا تكتمل دون تنفيذ المقررات التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم.

وفي هذا الإطار، فإن لاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى يخضع للمواد 53 و 54 و 55 من هذه الاتفاقية، و هي النصوص التي تؤكد على الاستقلال التام لنظام الاعتراف و تنفيذ المقررات التحكيمة الصادرة عن CIRDI عن أي نظام قانوني وطني، فلا محل لقانون مقر التحكيم و لا أهمية له بالنسبة للدول الأطراف في اتفاقية واشنطن، و ذلك على عكس أي تحكيم آخر.

وفي هذا السياق، فإن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية والقواعد الدولية والمحلية الأخرى التي تنظم تنفيذ مقررات التحكيم الأجنبية لا

تطبق، من حيث المبدأ، عند الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن CIRDI وتنفيذها، ومع ذلك تبقى اتفاقية نيويورك قابلة للتطبيق في حالة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في حالة ما إذا كانت دولة مقر التنفيذ ليست طرفا في اتفاقية واشنطن.

إن ما يحفز الدول على الامتثال للحكم الصادر عن CIRDI هو اعتبار عدم تنفيذه قد يؤثر سلبا على «مكانتها» وسمعتها الدولية، كما قد يكون له أيضا تأثير على تصنيف مخاطر الائتمان للدولة، وإمكانية ولوجها إلى أسواق رأس المال الخاص أو الاستفادة من برامج المعاملة التفضيلية الوطنية، لا سيما إذا علمنا أن مركز CIRDI، تابع للبنك الدولي.

ومن أجل الاعتراف وتنفيذ المقرر التحكيمي الصادر عن CIRDI في مقر الدولة، فإن الفقرة 2 من المادة 54 من اتفاقية واشنطن، نصت على أنه يتعين على الطرف الذي صدر المقرر لصالحه تقديم نسخة مطابقة للأصل موقع عليها من الكتابة العامة للمركز المذكور أمام المحكمة المختصة في بلد التنفيذ، ويخضع تنفيذ المقررات التحكيمية إلى نفس المقتضيات القانونية المنظمة لتنفيذ الأحكام القضائية في بلد التنفيذ، وذلك تماشيا مع الفقرة الأخيرة من المادة 54 المشار إليها أعلاه.

و إذا كانت اتفاقية واشنطن تنص في المادتين 53 و 54 على أن مقرر التحكيم يعتبر ملزما وواجب التنفيذ، فإن المادة 55 من ذات الاتفاقية تنص على أنه لا يمكن اعتبار المقتضيات التي جاءت بها المادة 54 كاستثناء على تطبيق القانون الساري في بلد التنفيذ و المتعلق بحصانة التنفيذ، و من ثمة يمكن للدولة التمسك بحصانة النفيذ، ما لم تتنازل عنها طبقا لمقتضيات المواد 18 و 19 و 20 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية المؤرخة في 17/01/2005، فإبرام اتفاق التحكيم و التنازل عن حصانة التقاضي لا يعني التنازل ضمنيا عن حصانة التنفيذ.

إذ جاء في المادتين 18 و19 من الاتفاقية المذكورة ما يلي:

«**المادة 18:** حصانة الدول من الإجراءات الجبرية السابقة لصدور الحكم

لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية سابقة لصدور الحكم، مثل إجراءات الحجز، والحجز التحفظي، ضد ممتلكات دولة ما في ما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إلا في الحالات التالية وفي نطاقها:

(أ) إذا كانت الدولة قد وافقت صراحة على اتخاذ إجراءات من هذا القبيل على النحو المبين:

[1] باتفاق دولي؛

[2] أو باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب؛

[3] أو بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية بعد نشوء نزاع بين الطرفين؛

(ب) أو إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى.

المادة 19: حصانة الدول من الإجراءات الجبرية التالية لصدور الحكم

لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية تالية لصدور الحكم، كالحجز والحجز التحفظي والحجز التنفيذي، ضد ممتلكات دولة ما فيما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إلا في الحالات التالية وفي نطاقها:

(أ) إذا كانت الدولة قد قبلت صراحة اتخاذ إجراءات من هذا القبيل على النحو المبين:

[1] باتفاق دولي؛

[2] أو باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب؛

[3] أو بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية بعد نشوء نزاع بين الطرفين؛

(ب) أو إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى؛

(ج) أو إذا ثبت أن الدولة تستخدم هذه الممتلكات أو تعتزم استخدامها على وجه التحديد لأغراض أخرى غير الأغراض الحكومية غير التجارية، وأنها موجودة في إقليم دولة المحكمة شريطة أن يقتصر جواز اتخاذ الإجراءات الجبرية اللاحقة لصدور الحكم على الممتلكات المتصلة بالكيان الموجهة ضده الدعوى.

المادة 20: أثر القبول بالولاية القضائية على الإجراءات الجبرية

في الحالات التي تستلزم بموجب المادتين 18 و19 قبول الإجراءات الجبرية، لا يعتبر قبول ممارسة الولاية القضائية بموجب المادة 7 قبولا ضمنيا لاتخاذ الإجراءات الجبرية».

وقد أبانت التجربة العملية أنه في كثير من الحالات تتجنب الدول التنفيذ الفوري للمقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI، وذلك عن طريق تقديم طلب لإبطال هذا المقرر، وهو الطعن المنصوص في اتفاقية واشنطن، وفق الحالات المدرجة في المادة 52 من هذه الاتفاقية.

ثانيا: مراجعة و إبطال المقررات التحكيمية

كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإنه طبقا للمادة 53 من اتفاقية واشنطن فإن المقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI لا يمكن أن تكون محل استئناف أو أي طعن، غير أنه يمكن لأحد الأطراف طلب مراجعة (Révision) المقرر التحكيمي في حالة اكتشاف واقعة من شأنها التأثير بشكل تقريري على المقرر التحكيمي، شريطة أن تكون هذه الواقعة لم تكن معروفة قبل صدور المقرر، وذلك طبقا للمادة 51 من اتفاقية واشنطن.

يقدم طلب المراجعة أمام هيئة التحكيم التي أصدرت المقرر التحكيمي، و في حالة تعذر ذلك يعرض الطلب أمام هيئة تحكيمية جديدة.

كما يمكن الطعن بالبطلان ضد المقرر التحكيمي بطلب من أحد الأطراف، في الحالات المحددة في المادة 52 من اتفاقية واشنطن، وذلك كما يلي:

- وجود غلط عند تشكيل هيئة التحكيم؛
- تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها بشكل واضح؛
- رشوة عضو من أعضاء هيئة التحكيم؛
- عدم ملاحظة بشكل جلي لقاعدة مسطرية أساسية؛
- عدم التعليل.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الطعن بالبطلان يكون أمام لجنة خاصة من ثلاثة محكمين، التي يمكنها، إذا ما ارتأت ذلك، الأمر بإيقاف تنفيذ المقرر التحكيمي موضوع الطعن إلى حين البت في الطلب.

وفي حالة ابطال المقرر التحكيمي، يتم عرض النزاع، بطلب من الطرف الأكثر استعجالا، من جديد امام هيئة تحكيمية.

هذا، ومن أجل تجاوز بعض الاشكاليات التي تعترض مسطرة التحكيم أمام CIRDI فقد أدخلت بعض التعديلات على النظام التحكيمي لهذا المركز، أهمها:

فتح إمكانية تقديم الطلبات المضادة من قبل الدول المستقبلة للاستثمار، وذلك في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، إذ يتعين تقديم الطلب المضاد على أبعد تقدير عند

تقديم المذكرة الجوابية: وهو ما نصت عليه المادة 48 من نظام التحكيم؛

- وضع آليات من أجل تقوية الشفافية عن طريق نشر الأوامر والأحكام التحكيمية مما يساعد على الاتساق بين موقف هيئات التحكيم، إذ نصت المادة 62 الفقرة 4 من نظام التحكيم أنه عند غياب اتفاق الأطراف تنشر الكتابة العامة مقتضيات من الحكم التحكيمي مع إخفاء المعلومات السرية أو المحمية؛

- وضع أليات جديدة تتعلق بالتحكيم المستعجل (Arbitrage accéléré)، إذ أكدت المادة 75 من نظام التحكيم أنه يمكن لأطراف نزاع تحكيمي معروض أمام CIRDI الاتفاق على التسريع والتعجيل بمسطرة التحكيم، وفق الإجراءات المحددة في نظام التحكيم من المواد 75 و86، والتي تمتاز بقصر مدة البرنامج المسطري وكذا المذكرات المستدل بها من قبل الأطراف؛

- ضبط مشاركة الأطراف غير المتنازعة في (Parties non contestantes) مسطرة التحكيم، وذلك من خلال إلزام هذه الأطراف بتقديم طلب الترخيص لها من أجل الادلاء بموقفها من النزاع، وهو الطلب الذي تبت فيه هيئة التحكيم وللأطراف المتنازعة الحق في الاعتراض عليه كما للأطراف الأخيرة الادلاء بملاحظاتها الكتابية في حالة الترخيص للأطراف غير المتنازعة الادلاء بمذكرتها الكتابية، المادة 67 من نظام التحكيم؛

- الإفصاح عن اسم وعنوان وجميع المعلومات المتعلقة بالغير الممول لمسطرة التحكيم، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك في حالة تمويل الغير لمسطرة التحكيم (funding third party)، المادة 14 من نظام التحكيم؛

- يمكن للأطراف التي لها نزاعين أو أكثر معروضة أمام المركز ووفقا لنظامه أن تتفق على دمج أو التنسيق في مسطرة التحكيم (Consolidation ou coordination d'arbitrage)

شريطة أن تكون الدعاوى مسجلة بالمركز وتتعلق بنفس الدولة، مما يساهم في التقليص من مدة وزمن التحكيم وتكاليفه.

وعلى الرغم من ذلك تبقى هناك بعض الشواغل المرتبطة بقضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتشكل نقطا سوداء في هذا النظام التحكيمي تكمن أساسا في عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم، مما ينعكس سلبا على الثقة المشروعة في هاته المقررات وتحول دون تحقيق الأمن القضائي بها، علاوة على الشواغل المتعلقة باستقلال وحياد صناع القرار التحكيمي، وطول إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وارتفاع تكلفتها واشكالية توزيع التكاليف من جانب هيئات التحكيم بين المستثمرين والدول والصعوبات التي تواجه الدول التي يحكم لصالحها في استعادة بعض التكاليف أو كلها من المستثمرين المدعين والحاجة إلى وضع قواعد لضمان استرجاع التكاليف علاوة على غياب آليات لمعالجة الطلبات الكيدية والعبثية، لذا فالمأمول من أجل تجاوز مخاطر التحكيم أو استصواب تلك الشواغل المستبانة والعمل على إصلاحها نقترح ما يلي:

- أن توفر سياسات الاستثمار اليقين القانوني والحماية الفردية للمستثمرين والاستثمارات، وسبل الوصول إلى الآليات الفعالة لدرء المنازعات وتسويتها في إبانها، وأن تتم إجراءات ومسطرة تسوية المنازعات بالإنصاف والانفتاح والشفافية، وتوفير الضمانات الملاءمة لمنع التجاوزات، وضمان نفاد المقررات التحكيمية، وتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الدول من جهة، وحقوق والتزامات المستثمرين من جهة أخرى، والتعجيل بوضع آليات فعالة لمعالجة المطالبات المجانية، ومسائل التمويل لتكاليف التحكيم من طرف ثالث باعتبار تأثير ذلك سلبا على الأداء العام لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

ولعل الخيارات الممكنة في إصلاح نظام التحكيم أيضا تعزيز سيطرة الدول المتعاقدة على صكوكها عن طريق تنقيح المعاهدات الاستثمارية أو تعديلها أو تحديثها، والحرص على اتساق وتماسك المقررات التحكيمية لما من شأن ذلك أن يدعم سيادة القانون ويزيدا الثقة في استقرار البيئة الاستثمارية مما سيضفي المزيد من الشرعية والمشروعية على نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار.

والله ولي التوفيق

II. دور الصلح في إنهاء المنازعة الغابوية

من إعداد: عبد الرحيم ازغودي
رئيس قسم القضاء الشامل بالوكالة القضائية للمملكة

مما لا شك فيه أن التشريع الغابوي المغربي[1] قد اهتم بالجانب الردعي، ونص على مقتضيات زجرية تروم محاربة الاعتداء على الملك الغابوي، وذلك عن طرق متابعة المخالفين لهذا التشريع وإحالتهم على المحاكم المختصة قصد محاكمتهم، غير أن هذه الوسيلة لا تفض دائما إلى نتائج مرضية، ما دفع المشرع إلى إحداث آلية بديلة لفض المنازعات الجنائية الغابوية والتي تتمثل في الصلح الغابوي.

وتعتبر المصالحة[2] إحدى الآليات البديلة لفض المنازعات الغابوية الجنائية بطرق «ودية»، وتؤدي دورا فعالا في تجنيب الطرفين، الإدارة[3] ومرتكب المخالفة الغابوية، تعقيدات

---

(1) نتحدث هنا عن التشريع الحالي الذي يتضمن مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية التي صدرت منذ بداية القرن الماضي إلى الآن، علما بأن الوكالة الوطنية للمياه والغابات التي تم إحداثها بمقتضى القانون 52.20 (منشور في الجريدة الرسمية عدد 7006 وتاريخ 22 يوليوز 2021 الصفحة 5639) بصدد انجاز مشروع قانون يرمي إلى جمع هذه النصوص التشريعية والتنظيمية في إطار قانون واحد يتعلق بحماية الملك الغابوي وتدبيره.

(2) ينص الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها (منشور في الجريدة الرسمية عدد 235 وتاريخ 29 أكتوبر 1917، الصفحة 901) على ما يلي:
«يجوز لإدارة المياه والغابات أن تجري الصلح مع من ارتكب مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بهذا الظهير الشريف، وإذا صدر الحكم، فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعائر، والتعويضات المدنية، ولا يمضي الصلح إلا بعد موافقة رئيس إدارة المياه والغابات عليه «.
يتبين من هذا النص القانوني أن المشرع المغربي أجاز لإدارة المياه والغابات إمكانية إبرام الصلح مع المخالف للتشريع الغابوي، سواء قبل صدور الحكم أو بعد صدوره، غير أن ما يلاحظ على هذا النص، أنه استعمل مصطلح «الصلح «، للتعبير عن الإجراء المتخذ من الطرفين لإنهاء النزاع بوسيلة حبية وودية، أما ظهير 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة الصيد، فقد استعمل في الفصل 10 مكرر مفردة: «مصالحة»، في حين ورد في قانون المسطرة الجنائية مصطلح: « الصلح «، أما الدورية رقم 4787 الصادرة بتاريخ 08 شتنبر 2009 عن المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر، فقد استعملت مفردة :» التصالح « حيث عنونت بالدورية « حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية»، وجاءت مقتضياتها المضمنة فيها منسجمة مع العنوان، حيث استعملت نفس المفردة «التصالح».
أما المشرع الفرنسي فيميز بين ثلاثة مفاهيم: وهي الصلح (La transaction) والتسوية الجنائية (La composition pénale)، ثم الوساطة الجنائية (médiation pénale La).
وهذا الاختلاف لا يظهر بين هذه المفردات من الناحية اللغوية فحسب، على الرغم من أنها تنحدر من الجذر الطبيعي نفسه، وإنما يتجلى أيضا على مستوى الشروط والإجراءات وكذلك على مستوى الآثار القانونية.

(3) سنستعمل عبارة «إدارة المياه والغابات» للتعبير عن الجهة الإدارية المكلفة بتدبير الملك الغابوي، وهي حاليا الوكالة الوطنية للمياه والغابات، وذلك انسجاما مع النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول حاليا والتي تستعمل هذه العبارة.

وسلبيات الدعوى القضائية، خصوصا من زاوية معوقات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة لصالح الدولة في جميع أجزائها، سواء تعلق الأمر بالعقوبات الحبسية، أو التعويضات المالية. وهنا تكمن أهمية مسطرة المصالحة التي تحول دون ضياع الوقت، وهدر المال وجهد الإدارة في استصدار حكم قد ينفذ وقد لا ينفذ[1].

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى نظام الصلح في المواد الجنائية، بعلة مخالفته للمبادئ الأساسية للقانون الجنائي، وللتعارض القائم بين الدعوى الجنائية، والصلح، فإن إدارة المياه والغابات تفضل اللجوء إليه أحيانا، لفض النزاع الجنائي الغابوي، لما تحققها من مزايا، ومكاسب مادية لفائدة خزينة الدولة، كما يفضلها المتهم، تجنبا لعرضه على القضاء.

وتترتب عن إبرام الصلح نتائج هامة وآثار مؤثرة في المراكز القانونية للطرفين، تختلف أهميتها، ويتسع نطاقها ويضيق بحسب المرحلة أو الفترة التي أبرم فيها الصلح، فيتم التمييز بين الحالة التي يبرم فيها هذا الأخير قبل صدور الحكم، أو بعده.

وسواء أبرم في هذه الفترة أو تلك، يرتبط الصلح بواقعة الاعتراف بالمخالفة الغابوية من طرف المتصالح، وكذا بالإقرار باستحقاق الدولة للبقعة الأرضية المترامى عليها، في حالة ما إذا كانت المخالفة الغابوية تتعلق بالترامي على الملك الغابوي؛

ومن أجل مناقشة هذه النقط الثلاث، وتفكيك الإشكالات المرتبطة بها، سيم تناول هذا الموضوع من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي؛

المبحث الثاني: الصلح الغابوي بعد صدور الحكم القضائي؛

---

(1) - محسن الصويب: الملك الغابوي وقواعد حمايته جنائيا، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، الطبعة الأولى، السنة 2016. الصفحة 158.

المبحث الثالث: الصلح الغابوي وتأثيره على الاعتراف بالفعل الجرمي وبالإقرار باستحقاق الدولة للعقار المترامي عليه.

المبحث الأول: الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي

يترتب عن إبرام الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي، انقضاء الدعوى العمومية وسقوطها (**المطلب الأول**)، وتبعا لذلك يسقط حق الإدارة في إقامة الدعوى المدنية التابعة، والمطالبة بالحق المدني في مواجهة المتصالح (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: سقوط الدعوى العمومية

لعل أهم نتيجة تترتب عن إبرام الصلح الغابوي هي سقوط الدعوى العمومية ، وتبعا لذلك يتجنب المتهم متابعته جنائيا أمام القضاء، كنتيجة مباشرة عن هذا التصرف القانوني (**الفقرة الأولى**)، غير أن مرتكب المخالفة قد يستغل ، في بعض الحالات، موافقة الإدارة على إبرام الصلح، والذي قد تستغرق إجراءاته وقتا طويلا، قد تفوق آجال تقادم المخالفة الغابوية، فيعمل على إفشال هذه المسطرة قبل المصادقة عليها ، أو يطعن فيها بعد إبرامها ، ليفسح المجال أمام نفسه للدفع بتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بهذه المخالفة ، ما يطرح التساؤل حول ما إذا كانت إجراءات إبرام الصلح تعد سببا لقطع التقادم[1] (**الفقرة الثانية**)، أو وقف آثار سريانه[2]، وبالتالي وقف الدعوى العمومية الغابوية (**الفقرة الثالثة**).

(1) - يقصد بانقطاع التقادم اعتبار المدة التي مضت قبل السبب القانوني للتقادم لاغية، فلا تحتسب فيه بل تبدأ مدة التقادم من جديد في السريان من تاريخ الانقطاع.
- عمر أبو الطيب: الدعوى العمومية، شركة بابل للطباعة، والنشر، والتوزيع- الرباط، الطبعة الأولى، السنة 1995، الصفحة 262.
وفي هذا الصدد، تنص المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:
«يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده، وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة السابقة».
(2) - تنص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة (6) من قانون المسطرة الجنائية، المتعلقة بوقف التقادم، على ما يلي:
«يبدأ التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي ترتفع فيه الاستحالة لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقفه».
ومعنى ذلك أن وقف التقادم، يختلف عن قطع التقادم في إضافة المدة التي بقيت من أجل التقادم فقط، إلى المدة المنصرمة، قبل توقف سريانه، ولا تحتسب مدة التقادم المنصرمة.

الفقرة الأولى: انقضاء الدعوى العمومية الغابوية

لم يحدد الفصل 74 من ظهير 10 اكتوبر1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها بصفة صريحة، النتائج المترتبة عن إبرام الصلح الغابوي، وإنما اكتفى بتحديد نطاقه، ومجاله، مميزا بين الصلح المنعقد قبل صدور الحكم، وذلك المبرم بعد صدوره.

غير أنه يتبين من الرجوع إلى القواعد العامة المضمنة في قانون المسطرة الجنائية، بأن المشرع المغربي حدد صراحة آثار الصلح الجنائي، وذلك حين نصت المادة الرابعة (4) منه على ما يلي:

> «تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم، وبالعفو الشامل، وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.
>
> وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك، ......».

يتبين إذن، من هذا المقتضى القانوني، أن إبرام الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية، لكن ما يلفت الانتباه، هو الصياغة التي وردت بها هذه المادة، والتي أوقفت سقوط الدعوى العمومية بالصلح، على وجود نص قانوني ينص على ذلك صراحة؛ فهل يتعلق هذا الشرط القانوني بالتنصيص على إمكانية إبرام الصلح في بعض الجرائم، والتي يترتب عنها سقوط الدعوى العمومية بصفة تلقائية، أم أنه يتعلق بضرورة وجود نص قانوني خاص وصريح، يتضمن عبارات تفيد سقوط الدعوى العمومية، فيما يتعلق بهذه الجرائم بالذات؟

من المعلوم أن قانون المسطرة الجنائية، ومجموعة القانون الجنائي العام، يحددان الإطار العام لآثار الصلح الجنائي، باعتباره سببا من أسباب سقوط الدعوى العمومية، بينما تتولى

التشريعات الخاصة تحديد تفصيلات، ودقائق هذه الآثار، ولذلك ليس هناك داع لأن تنص هذه التشريعات الخاصة على الأثر المترتب عن الصلح، باعتباره سببا من أسباب سقوط الدعوى العمومية[1]. ومعنى ذلك أنه يكفي أن ينص المشرع على إمكانية إبرام الصلح في نوع من الجرائم ليترتب عنه تلقائيا هذا الأثر.

غير أن الطبيعة الخاصة، والمتميزة لهذه التشريعات، والتي تجعلها تختلف في كثير من المقتضيات عن المبادئ العامة، سواء فيما يتعلق بالعقوبات وأصنافها، وكذا الدعاوى التي تترتب عن هذه الجرائم، تدفع المشرع إلى التنصيص على تفصيلات، ومقتضيات خاصة، تتعلق بآثار الصلح[2]، وهو ما لم يفعله التشريع الجنائي الغابوي، من خلال الفصل 74 المشار إليه. وعلى الرغم من ذلك، لا يمكن أن يزال الأثر المسقط للصلح في المخالفات الغابوية، ما دامت المقتضيات الواردة في القوانين العامة، تعتبر كافية في حد ذاتها لترتيب هذه النتيجة. وتبعا لذلك ،فأي قانون يجيز الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية، سواء كان تشريعا اقتصاديا، أو ماليا، أو بيئيا، أو أي قانون آخر[3]، وبما أن الفصل 74 يجيز لإدارة المياه والغابات إبرام الصلح، فإنه لا يخرج عن هذه القاعدة.

وفي هذا الصدد، يرى أحد الباحثين إنه إذا أجاز القانون الصلح مع المخالف في جريمة من الجرائم الاقتصادية، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية، حتى ولو لم ينص

(1) - محمد الشلي: المصالحة الجمركية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس اكدال- الرباط، السنة الجامعية -2008 2009، الصفحة 497.

(2) - ينص الفصل الحادي عشر (11) من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 30 غشت 1949 في زجر ما يرتكب من المخالفات للضابط المتعلق بالصرف على ما يلي:

«يسوغ لمدير المالية أو لنائبه أن يتصالح مع مرتكب الجنحة، ويعين بنفسه شروط تلك المصالحة، وسيؤدي نزع شكايته قبل صدور الحكم إلى التخلي عن المتابعات .....».

(الجريدة الرسمية عدد 1929 بتاريخ 14 أكتوبر 1949، الصفحة 1903).

كما ينص الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المغربية على ما يلي:

«للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية.

إذا وقع الصلح وصار نهائيا قبل الحكم النهائي، ترتب عليه بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة انقضاء دعوى النيابة العامة، ودعوى الإدارة، وإذا وقع بعد حكم نهائي، فإنه لا يسقط عقوبة الحبس، والتدبير الوقائي الشخصي المنصوص عليه في الفقرة 1 من الفصل 220 من المدونة».

(3) - محمد حكيم الحسين حكيم: النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2002، الصفحة 276.

المشرع على ذلك صراحة، وذلك بالاستناد إلى السياسة العامة التي تحكم نظام الصلح في الجرائم التي تجيز ذلك؛ فحصول الدولة على مقابل الصلح من المخالف يقابله انقضاء الدعوى الجنائية تجاه هذا الأخير[1] .

لذا، يترتب عن إبرام الصلح قبل صدور الحكم، سقوط جميع المتابعات أمام المحاكم الزجرية، وما يترتب عنها من عقوبات، سواء كانت حبسية أو مالية، كما يمتد هذا الأثر إلى التدابير الوقائية.

غير أن اتخاذ الموقف المناسب تجاه هذه النتائج، تختلف حسب المرحلة والفترة التي وصل إليها ملف النزاع؛ فإذا كانت القضية ما تزال بين يدي الإدارة، فإنها تقوم بحفظ الملف، وتغلقه نهائيا بعد المصادقة على الصلح، وتنفيذ بنوده من طرف المتصالح، أما إذا كان الملف معروضا أمام النيابة العامة، فإن الإدارة توجه إليها طلبا مكتوبا يرمي إلى حفظ القضية.

وإذا كانت هاتان المرحلتان لا تثيران أية تساؤلات، مادام الأمر يتطلب اتخاذ قرار الحفظ النهائي للقضية، سواء من طرف الإدارة أو من طرف النيابة العامة[2]، فإن الأمر على خلاف ذلك عندما يكون الملف معروضا على أنظار المحكمة، وقبل أن تبت فيه. فما هو الحكم الذي ستصدره هذه الأخيرة؛ هل تقضي ببراءة المتهم، أم بسقوط الدعوى العمومية؟

سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، أن أصدر قرارا عالج فيه هذه النقطة، لكن فيما يتعلق بسقوط الدعوى العمومية بالتقادم، حيث قضى بأن:

---

(1) - سعادي عارف محمد صواطفة: الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة لنيل درجة الماجستر في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس –فلسطين، السنة الجامعية 2010، الصفحة 100.

(2) - إن هذا القرار يمكن التراجع عنه من طرف الجهة المصدرة له ولو كانت هي النيابة العامة، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي:

«إن القرار الصادر عن ممثل النيابة العامة بحفظ ملف الشكاية ليس بحكم قضائي متمتع بسلطة الشيء المقضي به، وإنما هو تدبير إداري «.

(القرار عدد 349، قضاء المجلس الأعلى في المواد الجنائية، مشار إليه من طرف عبد الواحد العلمي في مؤلفه: قانون المسطرة الجنائية، ظهير10فبراير 1959، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى -1421 2000، آل صفحة38.)

« تقادم الجريمة يمنع على قضاة الموضوع النظر في الأفعال، ويتحتم عليهم أن يقتصروا على التصريح بسقوط الدعوى العمومية»[1].

وهذا ما يمكن تطبيقه على سقوط الدعوى العمومية بالصلح.

وفي قرار أكثر وضوحا وتشابها بموضوع الصلح في المخالفات الغابوية، جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) ما يلي:

« بالرجوع إلى هذه النازلة، يتبين بأن شركة التبغ قد تصالحت مع المخالف، وتنازلت عن مطالبها المدنية، الشيء الذي كان ينبغي معه أن يصرح القرار المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائي، والقول بسقوط الدعوى العمومية لوقوع مصالحة في النازلة، لا أن يشهد على تنازل الشركة عن مطالبها، ويؤيد الجزء القاضي على المطلوب بالحبس، والغرامة لفائدة الخزينة العامة، مما يعد معه القرار مخالفا للقانون، الشيء الذي يعرضه للنقض»[2].

والواقع، إن هذا الموقف ينسجم مع المقتضى القانوني المضمن في المادة الرابعة (4) من قانون المسطرة الجنائية، التي تنص صراحة على سقوط الدعوى العمومية بالصلح، وهو موقف سليم مادام الصلح هو سبب خاص، ومستقل لسقوط الدعوى العمومية. أما الحكم بالبراءة فيقتضي تصدي المحكمة للقضية، واتخاذ كل الإجراءات المسطرية الشكلية والموضوعية، قبل صدور هذا الحكم، بناء على اقتناع المحكمة بوجود البراءة، في حين يترتب عن الصلح انقضاء الدعوى العمومية ورفع المحكمة يدها عن القضية.

---

(1) - قرار عدد 458 الصادر بتاريخ 23 مايو 1978 في الملف الجنائي عدد 41844 منشور في مؤلف:
- إدريس ملين: مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية (1966-1986)، الصفحة 633، منقول عن:
- محمد الشلي: مرجع سابق، الصفحة 510.
(2) - القرار عدد 1029/1 المؤرخ في 07 مايو 2003 في الملف جنحي عدد 20927/2002، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، السنة 25، يناير 2003، الصفحة 298.

وفضلا عن هذه الأهمية النظرية التي تترتب عن الاختلاف بين الحكمين؛ سقوط الدعوى أو البراءة، هناك نتيجة عملية في غاية الأهمية، وهي: إن القول بإمكانية صدور الحكم بالبراءة، بالرغم من انقضاء الدعوى العمومية بالصلح، يخول المحكوم ببراءته حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الإجراءات الجنائية المتخذة في حقه قبل صدور الحكم[1]، وذلك على غرار الحق المخول للمتهم المحكوم ببراءته في الأحوال العادية، وهذا أمر غير مقبول، حين يبرم المتهم صلحا مع الإدارة.

يتبين مما سبق، أنه إذا كانت القضية معروضة على أنظار المحكمة، وتم إبرام المصالحة، فإنه يتعين صدور حكم بسقوط الدعوى العمومية.

وارتباطا بآثار الصلح قبل صدور الحكم، يجدر التذكير بمقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها، التي تجعل الصلح شاملا لكل العقوبات الحبسية، والمالية، والتعويضات المدنية أيضا، ولذلك فإذا كان المتهم معتقلا اعتقالا احتياطيا يتعين إطلاق سراحه فور المصادقة على الصلح.

لكن إجراءات الصلح قد تنتهي بالفشل، ويتخلف المتهم عن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه مع إدارة المياه والغابات، فهل تعتبر هذه الإجراءات سببا لقطع التقادم؟

الفقرة الثانية: الصلح الغابوي وقطع التقادم

قد تستغرق إجراءات إبرام الصلح مدة زمنية طويلة، فيتم استغلالها من طرف المتهم في الدفع بتقادم المخالفة الغابوية، سيما أن مدة سقوط الدعوى العمومية بالنسبة للمخالفات الغابوية تعتبر قصيرة إلى حد ما، حيث حددت في ستة (6) أشهر من تاريخ ختم التقرير

(1) - لقد أصبح التعويض عن الأخطاء القضائية مبدأ دستوريا نص عليه صراحة، الدستور المغربي لسنة 2011، في الفصل 122 والذي جاء فيه ما يلي:
« يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة».
غير أن القضاء المغربي يشترط لقبول دعوى التعويض عن الخطأ القضائي إثبات خطأ جسيم ارتكبه مرفق القضاء.

أو محضر المخالفة[1]، فهل يكون هذا الدفع منتجا، ومرتكزا على أساس قانوني، وبالتالي اعتبار المخالفة متقادمة، فتسقط الدعوى العمومية[2] ؟ أم أن إجراءات إبرام الصلح تعتبر قاطعة للتقادم؟

إذا كان الجواب بالإيجاب، فإن الدعوى العمومية تبقى قائمة، ولا يتم احتساب سريان مدة التقادم بكاملها، إلا من تاريخ فشل إبرام الصلح، أو إبطاله، أو فسخه. وتتم متابعة المتهم أمام المحكمة، طبقا لقواعد المسطرة الجنائية، وفي حالة العكس، فإن الدعوى العمومية تسقط بالتقادم، إذا انصرمت مدتها خلال فترة مباشرة إجراءات الصلح، ويعفى، بالتالي، مرتكب المخالفة من المتابعة.

ومعلوم أن قطع التقادم في الدعوى العمومية منصوص عليه في المادة السادسة (6) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والتي جاء فيها ما يلي:

> « ينقطع أمد تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية أو تأمر به، وبكل إجراء يعتبره القانون قاطعا للتقادم؛
>
> يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده، وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة السابقة....».

ويتضح إذن، من هذا المقتضى القانوني، أن الإجراءات التي يعتد بها لقطع تقادم

(1) - ينص الفصل 75 من ظهير 10 اكتوبر 1917 في المحافظة على الغابات، واستغلالها على ما يلي:
«تسقط الدعاوى الراجعة لساير المخالفات في أمر الغابة، إذا مضت ستة أشهر من تاريخ التقرير الذي وقعت المعاينة فيه. وعند مضي ثلاثة أعوام من تاريخ صدور المخالفة، إن لم يحرر في شأنها تقرير.....».

(2) - يعتبر التقادم من أسباب سقوط الدعوى العمومية حسب المادة الرابعة (4) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والذي ينص على ما يلي:
« تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم، وبالعفو الشامل، وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.
وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.»

الدعوى العمومية، هي إجراءات التحقيق، والمتابعة والمحاكمة، فهل تدخل إجراءات الصلح الغابوي في نطاقها؟

اختلف رأي الفقه حول هذه النقطة القانونية؛ ولكل رأي أسانيده ومبرراته؛ يستند الاتجاه الذي يرفض قطع التقادم بإجراء الصلح، إلى اعتبار الإجراءات السابقة عن هذا الأخير، هي إجراءات إدارية لا يمكن اعتبارها سببا لقطع سريان مدة تقادم الدعوى العمومية؛ فالإجراءات التي يتم اعتمادها في ذلك هي التي تصدر عن قاضي التحقيق، أو المحكمة المختصة وبالإجمال الإجراءات ذات الطبيعة القضائية[1]. في حين يرى الاتجاه المؤيد لقطع سريان أمد التقادم بسبب إبرام الصلح الجنائي، أن المحضر الذي حرر عن الواقعة يعد، من محاضر جمع الاستدلالات، ويقوم بتحريره موظفون أسبغت عليهم صفة مأموري الضبط القضائي، ويتم عرض الصلح على المتهم، ويثبت ذلك بالمحضر الموقع عليه منه[2]. ويترتب عن ذلك اعتبار إجراءات الصلح سببا لقطع التقادم.

غير أنه إذا كان هذا المبرر يجد ما يسنده في التشريع المصري، حيث تنص المادة السابعة (7) من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه تقطع مدة التقادم بإجراءات الاستدلال[3]، إذا اتخذت في مواجهة المتهم، أو إذا أخطر بها بوجه رسمي، فإنه لا يوجد أي مقتضى قانوني مماثل في قانون المسطرة الجنائية المغربي، ولا في التشريع الجنائي الغابوي، ما يدفع إلى القول بأن المشرع المغربي حدد على سبيل الحصر، طبيعة الإجراءات التي يتم اعتمادها لقطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية، ومنها المتعلقة بالمخالفات الغابوية؛ ذلك أن المشرع المغربي لم يكتف بتحديد الإجراءات التي يتم بها قطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية، وتحديد طبيعتها، وإنما بين مفهومها، والقصد منها أيضا، حيث

---

(1) - من بين المدافعين على هذا الرأي الفقيه الفرنسي،
- DUPRE (J.F), « La transaction en matière pénale », Thèse de Doctorat, Paris 1975.
أورده محمد حكيم حسين الحكيم: مرجع سابق، الصفحة 287.
(2) - محمد حكيم حسين الحكيم: مرجع سابق، الصفحة 289.
(3) - أشار إلى هذا المقتضى القانوني محمد حكيم حسين الحكيم: المرجع السابق الصفحة نفسها.

تنص الفقرات 2 و3 و4 من المادة السادسة (6) من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :

«يقصد بإجراءات المتابعة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء يترتب عنه رفع الدعوى العمومية إلى هيئة التحقيق، أو هيئة الحكم؛

يقصد بإجراءات التحقيق في مفهوم هذه المادة، كل إجراء صادر عن قاضي التحقيق خلال مرحلة التحقيق الإعدادي، أو التحقيق التكميلي، وفقا لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون؛

يقصد بإجراءات المحاكمة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء تتخذه المحكمة خلال دراستها للدعوى....».

ولما كانت إجراءات إبرام الصلح من طرف إدارة المياه والغابات لا تصطبغ بالطبيعة القانونية للإجراءات المحددة حصرا من طرف المشرع المغربي، والذي بين المقصود منها، تفاديا لفتح باب التأويل، والتفسير الذي قد يقحم إجراءات أخرى، يكون لها طابع إداري، في أسباب قطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية. وبما أن الإدارة المذكورة تتخذ كل الإجراءات المتعلقة بإبرام الصلح بنفسها، ودون تدخل من جهة أخرى ولو كانت النيابة العامة، فإنه مما لا شك فيه أن هذه الإجراءات تعتبر إدارية محضة، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليها في قطع سريان أمد التقادم.

يستخلص مما سبق ، بأن المشرع المغربي يتبنى الاتجاه المعارض لاعتبار إجراءات الصلح قاطعة لسريان أمد تقادم الدعوى العمومية، ومنها تلك المتعلقة بالمخالفات الغابوية، وهو ما قد يستغله المتهم الذي قد يتظاهر برغبته في إبرام

الصلح، وقد يستعمل وسائل احتيالية من أجل إطالة أمد إجراءات الصلح، أو قد يطعن في هذه المسطرة، فإذا تم إلغاؤها، يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام الصلح، وبالتالي قيام الإدارة بإحالة محاضر المخالفات على القضاء لمتابعة مرتكب المخالفة الغابوية، إلا أن هذا الأخير سرعان ما يتمسك بالتقادم، سيما أن أجل تقادم المخالفة الغابوية لا يتعدى ستة أشهر من تاريخ ختم محضر المخالفة، أو ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الفعل، في حالة عدم إنجاز محضر بشأنها[1]، ما قد يؤدي إلى تملص مرتكب المخالفة من العقاب، ومن إبرام الصلح أيضا.

وتجنبا للوقوع في مثل هذه الحالات، كان يتعين على إدارة المياه والغابات التي أصدرت الدورية 4787 حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية، أن تحدد أجلا معينا يتم فيه إبرام الصلح، تحت طائلة إحالة ملف المخالفة على المحكمة من أجل تحريك الدعوى العمومية ضد مرتكبها، على أن يكون هذا الأجل أقل من أجل سقوط الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفة الغابوية.

الفقرة الثالثة: إجراءات الصلح ووقف التقادم

من المعلوم أن الفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ينص على سقوط الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفات الغابوية، إذا مضت ستة اشهر من تاريخ تحرير محضر المخالفة أو بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة، إذا لم يحرر بشأنها أي محضر[2]،

(1) - ينص الفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها على أنه تتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفات الغابوية، إذا مضت ستة أشهر من تاريخ تحرير محضر المخالفة أو بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة، إذا لم يحرر بشأنها أي محضر.

(2) - يتبين من هذا المقتضى القانوني أن آجال سقوط الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفة الغابوية، موحدة ، حيث تطبق نفس الآجال على كل المخالفات المذكورة، بغض النظر عن اختلاف عقوبتها ، وعن الوصف الذي يحدده القانون الجنائي للأفعال الجرمية؛ إذ أن هذا القانون يميز بين الجنايات، والجنح، والمخالفات ، وذلك حسب خطورة الفعل الجرمي، ونوع العقوبة المقرر لها وشدتها ، وتبعا لذلك، تختلف آجال تقادم هذه الجرائم ، بحسب نوعها ، حيث تنص المادة 50 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أن الجنايات تتقادم بمضي خمسة عشرة سنة ميلادية كاملة، تبتدئ من تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي ، في حين تتقادم الجنحة بمضي خمس سنوات، والمخالفة بمضي سنة ميلادية كاملة.

ما يعني أن المخالفة الغابوية تتقادم بانصرام هذه الآجال، غير أن هذا الظهير لم يتضمن أي مقتضى قانوني يتعلق بوقف آثار سريان التقادم، سواء أثناء حديثه عن تقادم المخالفة الغابوية، أو عند تطرقه للمقتضيات القانونية المتعلقة بإبرام الصلح.

ولعل ما يدفع إلى إبداء هذه الملاحظة هو أن إجراءات إبرام الصلح الغابوي قد تنتهي بالفشل، ومن ثمة، يتم إرجاع الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل الشروع في هذه الإجراءات، والتي قد تطول أحيانا، وتستغرق مدة تتجاوز آجال تقادم المخالفة الغابوية، ما قد يدفع المتهم إلى الدفع بسقوط الدعوى العمومية الغابوية، قصد الإفلات من إحالته على القضاء، وقد يقع الشيء نفسه، عندما يطعن المتهم في الصلح بعد مرور أجل التقادم، ويستجاب لطعنه، فهل تسقط في هذه الحالة الدعوى العمومية، أم أن إجراءات الصلح تعتبر سببا لوقف آثار التقادم ؟

يتبين من الرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية، أنه ينص في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة السادسة (6) على ما يلي:

« تتوقف الدعوى العمومية فيما إذا كانت استحالة إقامتها ترجع إلى القانون».

ويعني ذلك أن المشرع المغربي، اشترط لتوقف الدعوى العمومية قيام شرطين، وهما:

1. استحالة إقامتها؛
2. أن تكون الاستحالة بسبب قانوني وليس مادي.

ويفهم من ذلك أن وقف سريان آثار التقادم يتوقف على قيام موانع قانونية تحول دون مباشرة الدعوى العمومية، أو مواصلتها، وبمفهوم المخالفة، فإن الموانع المادية لا

توقف سريان التقادم، كعدم علم النيابة العامة بوقوع الجريمة، أو بقاء المتهم مجهولا، رغم التحقيق الذي أجري بشأنه، إذا كانت الجريمة خاضعة للتحقيق، أو وقوع فتن أو أحداث، أدت إلى تعطيل المحاكم[1].

ومعلوم أن المشرع المغربي لم يحدد الحالات التي يتوقف، بقيامها سريان التقادم، خلافا لتحديده على سبيل الحصر، لحالات قطع التقادم، المشار إليها أعلاه؛ وهي إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة.

فهل يعتبر الصلح مانعا قانونيا يترتب عنه وقف سريان تقادم المخالفة الغابوية؟

يتبين من الرجوع إلى مقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 والمادة الرابعة (4) من قانون المسطرة الجنائية أنه يترتب عن إبرام الصلح سقوط الدعوى العمومية، ما يوحي بأن المشرع يعتبر مباشرة إجراءات الصلح الغابوي مانعا قانونيا لمباشرة الدعوى العمومية أو مواصلتها، ومن ثمة، يتوقف سريان آثار التقادم، لأن إبرام الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية بقوة القانون ، وتبعا لذلك، تبتدأ آثار التقادم في السريان من جديد، إذا ما فشلت إجراءات الصلح الغابوي، وحتى في الحالة التي يطعن فيها المتهم في الصلح، ويستجاب لطلبه بفسخ الصلح أو إبطاله. ولعل من شأن تبني هذا الموقف المنسجم مع المقتضيات القانونية محل المناقشة، أن تتم معاملة المتهم سيئ النية بنقيض نيته، ووضع حد للوسائل الاحتيالية التي قد يمارسها من أجل الدفع بالتقادم، وبالتالي الإفلات من العقوبة والتهرب من إبرام الصلح.

لكن مع ذلك، يبقى هذا الموقف مجرد تأويل أو تفسير للنصوص القانونية المشار إليه، والتي لا تنص صراحة على وقف سريان التقادم بسبب إجراءات الصلح، ما يتطلب تدخلا تشريعيا لملء هذا الفراغ، وفي انتظار ذلك، كان يتعين على إدارة المياه والغابات

(1) - احمد الخمليشي: شرح قانون المسطرة الجنائية، الدعوى المدنية – الدعوى العمومية - البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط، السنة 1988، الصفحة 118.

إضافة مقتضى في الدورية رقم 4787 المؤرخة في 08 شتنبر 2009 حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية، يلزم المتهم بتنفيذ الصلح في مدة زمنية معقولة، قد لا تتجاوز أربعين (40) يوما مثلا، وإلا تمت إحالته على القضاء ليبت في التهم المنسوبة إليه.

ولقد انتبه المشرع المغربي إلى هذه المسألة، وحسنا فعل، فاستغل فرصة إصداره للقانون رقم 113.13 المتعلق بالترحال الرعوي، وتهيئة، وتدبير المجالات الرعوية، والمراعي الغابوية[1]، لينص في المادة 36 على أن المصالحة توقف الدعوى العمومية[2]، ومن ثمة، يتوقف سريان التقادم، وفي حالة عدم أداء مبلغ الغرامة المفروض على المتصالح خلال الثلاثين يوما الموالية لتاريخ توصله بمقرر المصالحة، تحيل الإدارة الأمر على المحكمة المختصة لتبت في المخالفات المرتكبة من طرف المتهم، ويبدأ احتساب أمد التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي تفشل فيه مسطرة الصلح، لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقفه.

يتبين من هذا النص القانوني، أن المشرع المغربي انتبه إلى الفراغ الذي يكتنف النصوص القانونية المنظمة للملك الغابوي، فحاول، استدراك ذلك وملء هذا الفراغ من خلال التنصيص صراحة على وقف سريان التقادم بمسطرة المصالحة المنصبة على المخالفات المتعلقة بالمراعي، والتي تدخل في نطاقها المراعي الغابوية، وأن إجراءات المصالحة لا يترتب عنها سقوط الدعوى العمومية الغابوية، إلا بعد تنفيذها من طرف المتصالح مع الإدارة.

كما أن مشروع قانون المسطرة الجنائية، عمل على جعل مسطرة الصلح مسطرة قضائية عندما جعل لها تأثير على أمد تقادم الدعوى العمومية. وهكذا فقد نصت الفقرة الأخيرة

---

(1) - منشور في الجريدة الرسمية عدد 6466 وتاريخ 19 ماي 2016، الصفحة 3859.
(2) - تنص المادة 36 من القانون رقم 113.13 على ما يلي:
«توقف مسطرة المصالحة الدعوى العمومية «.

من المادة 1-41 من هذا المشروع على أنه: «تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء يرمي إلى إجراء الصلح أو إلى تنفيذه»؛ ولذلك فإن للإجراءات التي تباشرها النيابة العامة بخصوص مسطرة الصلح أثرا في تقادم الدعوى العمومية يترتب عنها وقف سريان أمد التقادم.

وإذا كان سقوط الدعوى العمومية يعتبر من النتائج الهامة المترتبة عن الصلح، فإن هذا السقوط يستتبعه أثر آخر يتعلق بانتهاء الدعوى المدنية، سواء كانت تابعة أو أصلية[1].

المطلب الثاني: عدم الاختصاص للبت في المطالب المدنية

إذا كان سقوط الدعوى العمومية يعتبر من أهم النتائج المترتبة عن الصلح الجنائي الغابوي، فإن هناك نتائج أخرى لا تقل أهمية بالنسبة للطرفين معا؛ فبالإضافة إلى سقوط جميع المتابعات أمام المحاكم الزجرية، يترتب عن إبرام الصلح أيضا سقوط حق الإدارة في المطالب المدنية، ويعتبر هذا المبدأ من مزايا الصلح الجنائي بصفة عامة، وتعكس أهميته بالنسبة للمتصالح، وسعيه لإبرامه لتفادي اللجوء إلى مسطرة قضائية غير مأمونة العواقب، وهذا ما يحقق كذلك هدف الإدارة في إخضاع المتصالح لشروطها وأدائه المقابل المالي الذي ترتضيه.

ويحقق الصلح أثره بمجرد إبرامه، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه، ولا المطالبة بفسخه، لأي سبب من الأسباب، وتسري هذه الآثار بقوة القانون، فلا يتوقف تحققها على إرادة الطرفين.

(1) - يقصد بالدعوى المدنية التابعة، تلك الدعوى المقامة أمام المحكمة الزجرية التي تبت في الدعوى العمومية، حيث ينص الفصل 9 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على ما يلي:
« يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الزجرية المحالة إليها الدعوى العمومية».
أما الدعوى المدنية الأصلية، فتقام أمام المحكمة العادية في إطار دعوى مدنية، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه الفعل الجرمي.

غير أن الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ميز بين نتائج الصلح قبل صدور الحكم وبعد صدوره. وعلى الرغم من عدم تحديده صراحة للآثار المترتبة عن الصلح قبل صدور الحكم، فإنه بتنصيصه على أنه:

« إذا صدر الحكم، فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعاير، والتعويضات المدنية».

يكون قد حدد هذه النتائج بصفة ضمنية، بحيث يشمل الصلح كل العقوبات، بما في ذلك العقوبات الحبسية.

وعليه، يترتب عن إبرام الصلح قبل صدور الحكم، سقوط الدعوى العمومية، ووقف المتابعة الجنائية في حق المتصالح، وانقضاء الدعوى المدنية التابعة.

غير أن جانبا من الباحثين[1] يطرح تساؤلا حول مصير الدعوى المدنية المقامة من طرف غير الجهة المتصالحة، والتي تكون معروضة على المحكمة الزجرية، وما إذا كانت ستبقى جارية، أم تسقط هي الأخرى باعتبارها تابعة للدعوى العمومية وجودا وعدما؟

لكن، إذا كان هذا التساؤل يطرح بحدة في بعض الجرائم، كالجرائم الاقتصادية، (الجرائم الجمركية، وجرائم الصرف مثلا) نظرا لإمكانية تضرر الغير بفعل هذه الجرائم، مثل الزيادة غير المشروعة في الأسعار، أو الغش في المواد الغذائية، وبالتالي التساؤل عن إمكانية قيام حق الجمعيات المهتمة بحماية المستهلك في الانتصاب كمطالبة بالحق المدني أمام المحكمة، عن الأضرار التي تصيب المستهلكين، فإن ذلك لا يطرح بالحدة نفسها

(1) - عبد العزيز الأحمدي: الحماية القانونية والقضائية للملك الغابوي بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2015- 2016، الصفحة 285.

- حميد القلعي: المصالحة الجمركية، إشكالية الطبيعة القانونية والرقابة القضائية، بحث لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2009- 2010، الصفحة 65.

- محمد الشلي: المرجع السابق، الصفحة 512.

في المخالفات الغابوية، رغم ارتباطها بشكل كبير بالجرائم البيئية، التي تقتضي تدخل الجمعيات المدافعة عن البيئة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها بعض هذه المخالفات، ويرجع السبب في ذلك إلى قلة هذه الجمعيات، وحتى في حالة وجودها، فهي لا تتوفر على الصلاحيات الكافية لممارسة حق المطالبة بالتعويض[1] ؛ وهو ما يعكس قلة الدعاوى المرفوعة من طرف هذه الجمعيات.

وبناء عليه، وعلى الرغم من أن المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية حسمت هذه النقطة عندما نصت على بقاء المحكمة الزجرية مختصة للبت في الدعوى المدنية التابعة، رغم سقوط الدعوى العمومية[2]، فإن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للصلح الغابوي، مادامت إدارة المياه والغابات تعتبر هي المبرمة للصلح، وفي الوقت نفسه، هي المطالبة بالحق المدني، وأن مقابل الصلح يشمل كافة التعويضات المستحقة للدولة عن المخالفة الغابوية، ومنها التعويض عن الأضرار، والتعويض العيني، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، قبل ارتكاب الفعل الجرمي.

وإذا كانت نتائج الصلح الغابوي تتسم برحابة نطاقها، واتساع مجالها، إذا تم إبرامه قبل صدور الحكم، فإن مجالها يضيق بشكل لافت، إذا أبرم بعد صدور الحكم.

---

(1) - على الرغم من أن المادة السابعة (7)من قانون المسطرة الجنائية تخول للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة، أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية، منذ أربع سنوات على الأقل، قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة، أو الطرف المدني، بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي، فإن ذلك لا يعتبر كافيا لتمكين هذه الجمعيات من القيام بدور الدفاع عن البيئة على أحسن وجه، ما دام لا يحق لها تحريك الدعوى العمومية، ويقتصر دورها على المطالبة بالحق المدني، كما أن المشرع سيج هذا الدور بعدة شروط صارمة، من قبل توفر الجمعية على صفة المنفعة العامة، وأقدمية أربع سنوات على تأسيسها، وهذا ما يفسر قلة الجمعيات الناشطة في هذا المجال، وفي المقابل تجاوز عدد الجمعيات المدافعة عن البيئة في فرنسا إلى حدود التسعينيات من القرن الماضي 15.000 جمعية، وإن عددا من هذه الجمعيات، حصل على تعويضات مهمة عن الأضرار التي ألحقت بالبيئة؛

لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع تراجع أطروحة الباحثة:

- نادية المشيشي: الحماية الجنائية للبيئة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية -2014 2015، الصفحة 311.

(2) - تنص المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

« إذا كانت المحكمة الزجرية تنظر في الدعوى العمومية، والدعوى المدنية معاً، فإن وقوع سبب مسقط للدعوى العمومية، يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الزجرية».

المبحث الثاني: الصلح بعد صدور الحكم القضائي

ينص الفصل 74 صراحة على أنه:

« إذا صدر الحكم فإن الصلح المبرم لا يقع إلا في قدر الذعاير، والتعويضات المدنية «.

يتبين من هذا النص القانوني أن المشرع المغربي استثنى العقوبات السالبة للحرية من الصلح المبرم بعد صدور الحكم.

واستثناء العقوبات السالبة للحرية من الصلح بعد صدور الحكم، ينسجم مع فلسفة التشريعات الجنائية الخاصة، ومنها التشريع الغابوي، ما دام القول بخلاف ذلك يتعارض مع حق العفو المخول لرئيس الدولة[1]، والذي لا يجوز لرئيس الإدارة أن يحل محله في ممارسة هذا الحق، إلا في حالة النص الصريح الذي لا يحتمل أي تفسير حول هذا الأمر[2].

غير أن ما يميز نتائج الصلح الغابوي بعد صدور الحكم هو التشدد في مواجهة المتصالح مع الإدارة والذي ينتج عن عدم اشتراط نهائية الحكم **(المطلب الأول)**، وتضييق نطاق الجزاء التصالحي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: عدم اشتراط «نهائية» الحكم

لقد ميز المشرع الجنائي الغابوي بين آثار الصلح قبل صدور الحكم، وبعد صدوره، وإذا كانت أغلب التشريعات الجنائية الخاصة تتبنى هذا التمييز، فإن هناك اختلافا جوهريا بينها وبين مقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 حول طبيعة الحكم؛ إذ إذا كان

---

(1) - ينص الفصل 58 من دستور المملكة المغربية الصادر سنة 2011 على ما يلي: « يمارس الملك حق العفو».

(2) - CAUSSE (L.M.F), «La transaction en matière pénale», Thèse de Doctorat en droit, Faculté de droit de Toulouse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1945, page 124.

قانون الصرف[1] مثلا، يميز بين آثار الصلح المبرم قبل الحكم الابتدائي، أو «النهائي» أو بعده، وكانت مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، تفرق بين الحكم النهائي، وغير النهائي، فإن الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 اكتفى بالتمييز بين نتائج الصلح المبرم قبل صدور الحكم، والتي تشمل كافة العقوبات، وتلك الناتجة عن إبرام الصلح بعد صدور الحكم، و تقتصر على الغرامات، والتعويضات المدنية، بدون اقتران هذا الحكم بالصفة «النهائية»[2].

ولذلك، يكون التشريع الجنائي الغابوي أكثر تشددا من التشريعات الأخرى، ما دام الصلح سيقتصر على العقوبات المالية والتعويض المدني بمجرد صدور حكم عن المحكمة، ولو كان ابتدائيا، أي قابلا للاستئناف أو التعرض، أما في القوانين الأخرى فيشترط، لعدم تطبيق العقوبات الحبسية، أن يصدر حكم نهائي، وإذا علمنا طول المدة التي تستغرقها

(1) - الفقرة الثانية الفصل الحادي عشر (11) من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 30 غشت 1949 في زجر ما يرتكب من المخالفات للضابط المتعلق بالصرف، (منشور في الجريدة الرسمية عدد 1929 بتاريخ 14 أكتوبر 1949، الصفحة 1903).
- انظر أيضا الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة التي تميز بين الصلح الواقع قبل الحكم النهائي والذي يبرم بعده.

(2) - إن الحكم النهائي هو الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية؛ فالحكم الذي استنفذت فيه طرق الطعن العادية من تعرض أو استئناف يصبح قابلا للتنفيذ هو حكم نهائي، ولكنه معرض للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، سواء كان بإعادة النظر أو النقض، فإذا ما أصبح غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، لفوات موعدها قصدا أو إهمالا، أو لاستخدامها فعلا ، لكن فصل فيها بالرفض، فحينئذ فقط يصبح حكما باتا .وهذا يجرنا إلى الحديث أيضا عن الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي به والتي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى نفس الحق محلاً وسبباً، وتكون غالبا في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى أو بعدم قبولها لسبقية الفصل فيها، اما قوة الأمر المقضي، فهو المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية، وإن ظل قابلا للطعن بطريق غير اعتيادي .والحكم القطعي، نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا، أو غيابيا، تثبت له حجية الأمر المقضي، لأنه حكم قضائي فصل في خصومة ، ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي، إلا إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادي، فإذا طعن فيه، وألغي نتيجة الطعن، زال، وزالت معه حجيته، أما إذا أيد بقيت له حجية الأمر المقضي، وانضافت لها قوة الأمر المقضي. ومن ذلك يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي يكون حتما حائزا لحجية الأمر المقضي، والعكس غير صحيح.
لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع يراجع مؤلف:
- جمال الطاهري: حجية الأمر المقضي به في المادة المدنية، محاولة حد وتحديد، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1432/2011.
هذا، وعلى الرغم من أن المشرع الغابوي الجنائي لم يشرط صدور حكم نهائي، لاقتصار الصلح على العقوبات المالية، والتعويض المدني، وإنما اكتفى بصدور الحكم، فإن هناك من الباحثين من لم ينتبه إلى هذه المسألة، رغم الاختلاف البين بين طبيعة هذه الأحكام، حيث ميز بين الصلح الواقع قبل صدور الحكم النهائي، وذلك الذي يبرم بعد صدوره، من بين هؤلاء الباحثين:
- عبد العزيز الأحمدي: المرجع السابق، الصفحة 286 وما بعدها.
- أحمد بنطالبة: الحماية الجنائية للغابة المغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2008- 2009، الصفحة 295 وما يليها.

المسطرة القضائية قبل صدور الحكم النهائي، تبينت المساحة الشاسعة المتروكة للمتهم قصد التفكير مليا، قبل الحسم في الموقف الذي سيتخذه إزاء الاتهام الموجه إليه، خاصة أنه ستتبين له ملامح الدعوى، ونتيجتها بعد صدور الحكم الابتدائي؛ والتي على أساسها سيتخذ القرار الذي يراه مناسبا له؛ فإما إبرام الصلح أو مواصلة المسطرة القضائية. وهذا ما لا يتحقق في المخالفات الغابوية التي يكون فيها مرتكبها مضغوطا بضيق الوقت، ومضطرا إلى اتخاذ الموقف الذي يراه ملائما قبل صدور الحكم الابتدائي، لأنه بمجرد بت المحكمة الابتدائية في الدعوى العمومية، يصبح المتهم محروما من إبرام الصلح حول العقوبات الحبسية، وهي العقوبات التي يتوخى أغلب المتصالحين، إن لم يكن كلهم، تفاديها.

وتأسيسا على ذلك، يضيق موضوع الصلح ويتسع، حسب ما إذا كان هذا الأخير مبرما قبل صدور الحكم أو بعده.

المطلب الثاني: تضييق نطاق الجزاء ومقابل الصلح الغابوي بعد صدور الحكم

لقد حدد الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها، على سبيل الحصر، آثار الصلح بعد صدور الحكم القضائي في الذعائر، والتعويضات المدنية.

أولا: الذعائر

الذعيرة هي الغرامة[1] التي تفرض على الجاني كعقوبة مالية، وتعد من أقدم العقوبات،

(1) - يعرف الفصل 35 من القانون الجنائي المغربي الغرامة بأنها:
« إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معينا من النقود بالعملة المتداولة قانونا في المملكة « .
أما التشريع الجنائي الغابوي، فلم يضع أي تعريف « للغرامة «، بل أكثر من ذلك استعملت التشريعات الجنائية الغابوية مصطلحات مختلفة، على الأقل بالنسبة للترجمة العربية، فظهير 10 أكتوبر 1917 يستعمل مصطلح: « الذعيرة «، في حين يستعمل ظهير 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة القنص مصطلح: «الغرامة « .

فهي ترجع في أصلها إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة، وهي نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض، ثم تطورت بعد ذلك، إلى أن أصبحت في التشريعات الحديثة، عقوبة خالصة خالية من معنى التعويض[1].

والغرامة تتصف في المجال الغابوي بطبيعتها المختلطة؛ مدنية، وجنائية؛ فهي ذات طبيعة مركبة، تتضمن في طياتها معنى الزجر، والتعويض في آن واحد. وطابعها المدني، هو الذي يبرر حق الصلح المخول لإدارة المياه والغابات، بهدف حماية مصلحة خاصة، لذلك فهي ليست طرفا مدنيا عاديا تطبق عليه القواعد العادية العامة، وإنما هي شخص معنوي عام تطبق عليه قواعد جنائية ذات طبيعة خاصة.

وتحظى الغرامة كعقوبات على المخالفات الغابوية بأهمية كبيرة، باعتبارها جزاء أساسيا، وأكثر استخداما في العقاب على الجرائم البيئية، وفي كافة المجالات الجنائية الخاصة التي تنتمي إلى زمرة القوانين الاقتصادية، والبيئية، لأن غالبية هذه الجرائم ترتكب بسبب الرغبة في تحقيق مكاسب مالية، غير مشروعة، وبالتالي فإن التركيز على الغرامة يكون بهدف الردع، ومعاملة المجرم بنقيض قصده.

وعطفا على ذلك، تحتل الغرامة في التشريع الجنائي الغابوي المغربي مكانة هامة، فهي العقوبة الجنائية الغالبة في موضوع الجريمة الغابوية، باحتلالها نصيب الأسد، مقارنة مع باقي العقوبات الأخرى[2].

غير أن اهتمام المشرع المغربي بالغرامة، وإعطائها المكانة الأولى ضمن العقوبات المقررة للمخالفات الغابوية، يعكس عدم استحضار البعد، أو الحس البيئي[3]، والاهتمام الأكبر بالجانب المالي المتمثل في المداخيل المالية، التي تجنى من الغرامات الغابوية، إلى

(1) - العلوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها، وقضاء، دار القلم- الرباط، السنة 2000، الصفحة 201.

(2) - تم تكرار مصطلح الغرامة (الذعيرة) في ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها أربعين (40) مرة، في حين استعملت كلمة السجن ستة عشر (16) مرة فقط.

(3) - MEKOUAR (M.A), Etudes en droit de l'environnement, éditions Okad, Casablanca, 1988, page 15.

درجة أن عقوبة الحبس التي تعتبر أساسية في تحقيق الردع العام، والخاص، وكذا في جبر الضرر الغابوي، تذوب وسط عقوبة الذعيرة التي يكررها المشرع المغربي في الفصل الواحد أكثر من مرة[1].

وتتميز الغرامة الجنائية عن التعويض المدني بأنها جزاء محدد كرد فعل ناشئ عن ارتكاب الجريمة، وتهدف إلى الزجر والإيلام، بينما يستند التعويض المدني إلى جبر الضرر.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الغرامة المنصوص عليها في التشريع الجنائي الغابوي لها خصوصية معينة، تجعلها مختلفة عن تلك المنصوص عليها في القانون الجنائي العام؛ فإذا كان المبدأ العام في القانون الجنائي أن عقوبة الغرامة تخضع لمبدأ «شخصية العقوبة «، أي أن العقوبة لا تطال إلا مرتكب الفعل الجرمي شخصيا، سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا، فإن المشرع الجنائي الغابوي خرج عن هذه القاعدة ، حين فرض عقوبة الغرامة على أشخاص آخرين لا علاقة لهم بارتكاب الفعل الجرمي، وهذا استثناء من القواعد العامة، بل وحتى من التشريع الغابوي نفسه، ومن بين أمثلة ذلك ما ينص عليه الفصل 49 من ظهير 10 أكتوبر 1917 والذي جاء فيه ما يلي:

> « يمكن معاقبة القبيلة، أو أهل الدوار، أو أهل الفرقة، بالذعاير المذكورة بالضمان، زيادة عما يحكم به على مرتكب المخالفات المذكورة، ومن شاركهم فيها، وأن هذه الذعيرة تصدر بقرار وزيري بعد الاطلاع على ما تعرضه حكومة المراقبة المحلية وإدارة المياه والغابات في ذلك. وبعد استفهام رؤساء القبيلة، ويمكن أن يستعمل ما يتحصل من الذعاير، كلا أو بعضا، لإصلاح بعض الضرر اللاحق بالغابة من الحريق«.

---

(1) - نادية المشيشي وأحمد بنطالبة:» التشريع الجنائي ودوره في مواجهة التغيرات المناخية «، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 100، الطبعة الأولى 2017، الصفحة 166.

وهذا النص القانوني يتعلق بجريمة إضرام النار في الغابات.

ويتبين من خلال ما سبق أن المشرع الغابوي يعاقب القبيلة ككل، رغم عدم ارتكابها للفعل الجرمي، ما يعتبر خروجا عن قاعدة شخصية العقوبة. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى السياق العام والظروف التاريخية التي صدر فيها هذا المقتضى القانوني، وكذا إلى طبيعة الاستغلال الذي كان ينصب على الغابة؛ إذ كانت القبيلة تستغل المجال الغابوي، حسب قواعد الشريعة الإسلامية، والأعراف القبلية، والتي تخول للقبيلة الاستغلال، والانتفاع الجماعي للمجالات الغابوية، وبالتالي تحملها أداء الغرامة جماعة، في حالة إيقاد النار في الغابة.

غير أن ما يلاحظ من خلال التمعن في هذا النص القانوني، أن هذه الغرامة لها خصوصية معينة، وهي تخصيص مبلغها المالي لاستصلاح المجال الغابوي المعرض للحريق، ما يجعلها تتسم بطابع التعويض أكثر من طابعها الزجري، ما دامت الغرامات المالية تستخلص لفائدة الخزينة العامة للمملكة.

ونظرا للتطور الذي عرفه المجتمع المغربي، وتقنين حقوق الانتفاع المنصبة على المنتوجات الغابوية، وتبني الدولة لسياسة حقوقية، تراعي حقوق الإنسان، وتحفظ الحريات، أصبح هذا المقتضى القانوني متجاوزا، وغير قابل للتطبيق، في الوقت الراهن.

ومهما يكن من أمر، إن دورية المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر رقم 4787 تستثني صراحة جرائم إيقاد النار في الغابة من مجال الصلح، ما يجعل هذه العقوبة غير ذات أهمية بالنسبة لهذا الموضوع.

ثانيا: التعويضات المدنية

لقد نص الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917، صراحة على أن الصلح المبرم بعد صدور

الحكم يشمل التعويضات المدنية، غير أن مفهوم هذه التعويضات واسع ويشمل أكثر من نوع. وهذا التعدد تؤكده مختلف المقتضيات القانونية المضمنة في الظهير المذكور، والمبينة للعقوبات والجزاءات المحددة للمخالفات الغابوية؛ سيما الفصل 40 الذي يلزم:

> «من أخذ شيئا من الغابة، بدون موجب في جميع الأحوال، أن يرد ما أخذه، إما بعينه أو بأداء قيمته، زيادة عما يلحقه من تعويض عن الخسائر، إذا اقتضى الحال ذلك وحجز الآلات التي تلفي بيده «.

وعليه، إن التعويض المدني يتراوح بين رد الأشياء، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، ثم التعويض عن الخسائر؛

غير أن أهم تعويض يمكن أن يكون محلا للصلح الغابوي، هو إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة الغابوية، والتعويض عن الخسائر؛

1. رد الأشياء وإرجاع الحال إلى ما كان عليه

إن رد الأشياء هو جزاء مدني عيني، أي يتعلق بعين الشيء المستولى عليه من طرف المتهم دون موجب حق، والذي يتعين عليه رده لإدارة المياه والغابات.

أما إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة، والذي يمكن إدخاله هو الآخر ضمن إطار التعويضات العينية، فيقصد به إرجاع حالة المجالات المتضررة إلى ما كانت عليها قبل ارتكاب المخالفة الغابوية، ومحو آثارها.

والواقع، إن إعادة الحال إلى ما كان عليه، يعتبر هو الصورة الأصلية لإصلاح الضرر الغابوي (البيئي)، بحيث لا يتم اللجوء إلى التعويض النقدي، إلا إذا أصبح التعويض

العيني أمرا غير ممكن[1].

ويعتبر هذا التعويض بديلا للتعويض النقدي الذي لم تثبت فعاليته، نظرا إلى أنه لا يجبر الضرر إلا بصفة نسبية، خاصة بالنسبة للتعويض عن الأضرار البيئية التي تتميز بطابع الاستمرارية، ويمتد أثرها إلى المستقبل، ولذلك يشكل هذا الإجراء أحد التطبيقات الفعالة لإصلاح الأضرار الإيكولوجية الخالصة، بعد أن كان الإصلاح محصورا في التعويض النقدي الذي لا يناسب الأضرار التي تصيب العناصر الطبيعية، خاصة الإخلال بالتوازن البيئي، الذي تم المس به، وعدم قدرة هذا التعويض على إعادة هذا التوازن إلى مساره الطبيعي[2].

وعلى الرغم من أن هذا الإجراء يعتبر حديثا في ميدان الإصلاح البيئي، فإن المشرع المغربي انتبه منذ بداية القرن الماضي، إلى أهميته على الوسط الغابوي، فضمنه في ظهير 10 أكتوبر 1917 كجزاء لبعض المخالفات التي تستهدف الملك الغابوي، ومن بين الفصول التي تطرقت إلى هذا الإجراء، الفصل 27 من الظهير المذكور، كما وقع تغييره بالظهير الشريف المؤرخ في 18 يناير 1935[3]، والذي يلزم مرتكب مخالفة إحياء الأراضي الغابوية المملوكة له، برد المكان إلى حاله الطبيعي، وذلك بغرس الأشجار من النوع الذي قطعه في مدة لا تزيد عن ثلاثة أعوام، وإن لم يفعل، فإن إدارة المياه والغابات تقوم بذلك على نفقته .

---

(1) - نور الدين الرحالي: المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، السمنة الجامعية -2014 2015، الصفحة 272.

(2) - يعتبر الضرر في عمومه بأنه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لأحد الأشخاص، أما الضرر البيئي بالخصوص فهو ضرر حديث ومتميز أخذ أبعادا دولية بعدما أدرج ضمن الأضرار العابرة للحدود، ويسجل على المستوى الفقهي صعوبة في تحديد تعريفه الاصطلاحي.

- رابحي قويدر: القضاء الدولي البيئي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجزائر، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية -2015 2016، الصفحة 241.

(3) - الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 شوال 1353 (18 يناير 1935) (منشور في الجريدة الرسمية عدد 1164 وتاريخ 15 فبراير 1935 الصفحة 226). حيث جاء في الفصل 27 من هذا الظهير ما يلي:

« ويجب عليه أن يرد المكان إلى حاله الأول، إذا أمر بذلك مدير إدارة المياه والغابات «.

وتجدر الإشارة إلى أن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة الغابوية، يبقى أمرا صعب المنال، رغم أهميته ونجاعته في جبر الضرر الغابوي، وذلك راجع إلى المدة التي يتطلبها تحقيق النتائج المتوخاه من هذا الإجراء؛ فإذا كان قطع شجرة أو إحراق جزء من الغابة لا يتطلب إلا وقتا يسيرا، قد لا يتجاوز في بعض الأحيان دقائق معدودات، فإن استصلاح المجالات المتضررة، وإعادة غرسها بأشجار من نفس النوع، قد يتطلب مجهودات جبارة، ويستغرق وقتا طويلا، قد تفوق أحيانا عدة عقود، ولذلك ما زال التعويض النقدي هو السائد، سواء من طرف الأحكام القضائية، أو عن طريق إبرام الصلح .

2. التعويض النقدي عن الخسائر

يهدف التعويض النقدي إلى جبر الضرر الذي ألحق بالمجال الغابوي بفعل المخالفة المرتكبة.

وعلى الرغم من أن حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الفعل الجرمي، هو حق طبيعي للمتضرر، يمكنه أن يطالب به، ولو لم ينص عليه القانون، فإن المشرع المغربي حرص على تضمين هذا الحق في ظهير 10 أكتوبر 1917 لفائدة إدارة المياه والغابات (الدولة)، بل أكثر من ذلك حدد سقفه الأدنى، انطلاقا من الحد الأدنى للغرامة المحددة كعقوبة للمخالفة المتسببة في الضرر، إذ نص الفصل 45 على أنه:

« إذا وجب تعويض الخساير بمقتضى ما نص عليه تقرير المخالفة فلا يقل قدرها عن مجرد قدر الذعيرة التي صدر بها الحكم».

ولذلك لا يجوز تحديد تعويض نقدي عن الخسائر يقل عن مبلغ الغرامة المحددة قانونا، وهذا ما ينطبق أيضا على الصلح الذي يتعين على الطرفين مراعاة هذا المقتضى القانوني، والمعيار المعتمد من طرفه لتحديد التعويض.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية يتبين أن المشرع الغابوي قد خرج عن هذه القواعد، ما دام قانون الالتزامات والعقود، حدد مجال ونطاق التعويض المدني في الفصل 98 منه والذي ينص على أن:

> « الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.
>
> ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة، حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه».

يتضح من ذلك، أن تحديد التعويض يتم طبقا لهذا النص القانوني، حسب حجم الخسائر التي ألحقت بالمتضرر، ويتم تحديدها من طرف المحكمة التي تعتمد سلطتها التقديرية في ذلك، في حين حدد ظهير 10 أكتوبر 1917 التعويض عن الضرر الملحق بالمجال الغابوي، حسب قيمة الذعيرة المحكوم بها، والتي يتعين ألا يقل عن مبلغها. وبالتالي يكون مجال تدخل القاضي في تحديد التعويض عن الضرر الغابوي ضيقا جدا، وهذا ما ينطبق على الصلح أيضا.

وتطبيقا لهذا المقتضى القانوني حددت الدورية رقم 4787 التعويض النقدي عن الخسائر الملحقة بالمجال الغابوي، ولن تترك أي مجال للإدارة لاستعمال السلطة التقديرية أو التفاوض؛ إذ بالرجوع إلى الجدول المتعلق بمعيار التصالح المرفق بهذه الدورية، يتبين أن مقدار التعويض المستحق للإدارة يحدد حسب مبلغ الغرامة المنصوص عليها قانونا؛ فعلى سبيل المثال يعاقب الفصل 34 من الظهير الشريف 10 أكتوبر 1917 من حرث أرضا، أو زرع غرسا، داخل الملك الغابوي بغرامة تتراوح بين 400 درهم و2400 درهم عن الهكتار

الواحد، مع إرجاع المواد أو قيمتها، أما التعويضات المدنية فتحدد بحسب الحد الأدنى للغرامة، إذا وقعت خسائر، وفي حالة وجود ظروف التشديد؛ (كحالة العود، أو الليل، أو ارتكاب المخالفة داخل محمية)، فإن مبلغ التعويض يساوي أو يفوق مقدار الغرامة بضعفين أو ثلاثة، وبناء على ذلك، يتم تحديد نسبة التعويض المترتبة عن الصلح، وهي 60 % بعد إخلاء المكان.

والتعويض عن الضرر المترتب عن الجريمة الغابوية يخصص لإعادة تأهيل المجالات المتضررة، وإصلاح الأضرار، وهذا ما تتبناه الكثير من التشريعات المقارنة التي نصت صراحة على هذا التخصيص[1].

وتأسيسا على ما سبق، تكون دورية المندوب السامي قد راعت مصلحة الدولة، حين وضعها لمعايير محددة لقيمة التعويض التي يتعين على المتصالح أداؤه، غير أن أداء التعويض والغرامة قد لا ينهيان الصلح، ما يطرح تساؤلا هاما حول نتائج إبرام الصلح على الاعتراف ب «الجرم»، وباستحقاق الدولة للعقار محل هذا الجرم، إذا تعلق هذا الأخير بالترامي على الملك الغابوي؟

المبحث الثالث: آثار الصلح على الاعتراف بالفعل الجرمي وعلى الإقرار باستحقاق الدولة للعقار المترامي عليه

لقد اشترطت الدورية 4787 على المتهم القيام ببعض الأعمال مسبقا، للموافقة على إجراء الصلح، إذا كان الأمر يتعلق بمخالفات الترامي على الملك الغابوي من أجل البناء،

ETTAYBI (A): «La responsabilité civile à l'épreuve du préjudice écologique: cas de l'affaire de l'Erika» , - (1) et Sociales de l'Uni- organisé à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques Travaux du colloque international versité Mohamed V Souissi- Rabat, les 12 et 13 novembre 2012 sur le thème: « l'environnement et le développement durable: Les nouvelles alternatives », Textes réunis par Bouchra NADIR, Imprimerie El Maarif Al Jadida, .Rabat, 2014, page 272

أو التعشيب، أو الحرث، إذ جاء فيها أنه:

«لا يمكن إجراء الصلح إلا بعد إفراغ المكان، وإدلاء المترامي بتعهد مكتوب مصادق على صحة إمضائه، يلتزم فيه بحق الدولة على القطعة المترامى عليها، وبالكف عن استغلالها».

ولعل ما يثير الانتباه حول المقتضى الوارد في هذه الدورية، هو الشرط الموضوع من طرف المندوب السامي، والمتعلق بإبرام الصلح حول مخالفات الترامي على الملك الغابوي بالحرث، والتعشيب، والبناء؛ فإذا كان اشتراط إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة أمرا مقبولا، فإن إلزام المتصالح بتوقيع التزام مكتوب مصادق على صحة إمضائه: « يلتزم فيه بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامى عليها، وبالكف عن استغلالها»، يطرح أكثر من تساؤل حول طبيعة هذا الالتزام، وآثاره؛ فهل يعتبر هذا الالتزام إقرارا باستحقاق الدولة للعقار ؟(**المطلب الثاني**).

وارتباطا بها السؤال، وفي إطار الحديث عن الإقرار المدني، يحق التساؤل بداية، عما إذا كان إبرام الصلح، في حد ذاته يعتبر اعترافا بارتكاب المخالفة الغابوية، أم أن هذا التصرف لا يرتب أي أثر جنائي في مواجهة المتصالح؟ (**المطلب الأول**).

المطلب الأول: آثار الصلح على الاعتراف[1] بالمخالفة الغابوية

يتبين من الرجوع إلى الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ولمختلف المقتضيات القانونية المتعلقة بالتشريع الجنائي الغابوي، أن المشرع المغربي لم يشترط الكتابة في مقترح

(1) - يتم التمييز بين الاعتراف والإقرار، ومناط هذا التمييز هو موضوع التصرف، فإذا كان الأمر يتعلق بالمسائل المدنية فيطلق على التصرف «الإقرار»، أما إذا كان التصرف ينصب على المسائل الجنائية، فإنه يسمى «اعترافا»، أما الفرق بينهما فيكمن في كون الاعتراف الجنائي هو إقرار صادر من المتهم بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها، أما الإقرار المدني فهو إقرار الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقررا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه.
وقد تبنى المشرع المغربي هذا التمييز بين المصطلحين فاستعمل في وسائل الإثبات المضمنة في قانون الالتزامات والعقود مصطلح «الإقرار»(الفصل 405 وما بعده) في حين استعمل مصطلح «الاعتراف « في قانون المسطرة الجنائية (المادة 293).

الصلح، إلا أن الممارسة العملية تؤكد على هذا الشرط نظرا لأهميته[1]، كما أنه ليست هناك أية بيانات إلزامية يتعين تضمينها في وثيقة الصلح، اللهم ما تعلق بالبيانات التي تبرز هوية المتصالح ورغبته الصريحة في إبرام الصلح ونوع الجرائم المراد التصالح بشأنها. وتبعا لذلك لا يتضمن هذا الفصل أية إشارة تفيد أن قبول الصلح يترتب عنه الاعتراف بارتكاب المخالفة المشمولة بهذا الإجراء، غير أن الفصل 10 مكرر مرتين من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة القنص[2]، كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى ظهائر شريفة لاحقة على تاريخ صدوره، ينص صراحة على أن أداء «الغرامة التصالحية» من طرف المتهم يفيد الاعتراف بارتكاب المخالفة[3].

ولقد عرف الاعتراف بأنه إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه أو بمشاركته فيها[4]، وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيرا على نفسية وقناعة القاضي الوجدانية، وبه تنهض المسؤولية الجنائية لصاحبه[5].

---

(1) [698]- من إيجابيات المسطرة الكتابية توحيد إجراءات الصلح، وشروطه على الصعيد الوطني. وبالنسبة لكافة الأشخاص المعنيين بها، مع ما يترتب عن ذلك من تحقيق المساواة والشفافية.

(2) - الظهير الشريف الصادر بتاريخ 6 ذي الحجة 1341 (21 يوليو 1923) يتعلق بمراقبة « القنص.»(منشور بالجريدة الرسمية عدد من 537 إلى 539 والصادرة بتاريخ فاتح محرم 1342 (14 غشت 1923) الصفحة 537).
إن ما يلاحظ على الترجمة التي أعطيت لعنوان هذا الظهير الشريف ، أنها معيبة وليست دقيقة إذ أن الصيغة الفرنسية تتحدث عن مراقبة القنص La police de la chasse.(الجريدة الرسمية عدد 563 الصادرة بتاريخ 07 غشت 1923 الصفحة 966، باللغة الفرنسية) ،في حين استعملت الترجمة العربية عبارة « مراقبة الصيد « ،مع أن معناه باللغة الفرنسية هو La police de la pèche، والاختلاف بين النشاطين بين وواضح، ولا يقف عند ظاهر المصطلحات، وإنما يمتد إلى كنههما وطبيعتهما؛ فالقنص يمارس على الوحيش في البر ،في حين يمارس الصيد في المياه البحرية، أو القارية، بل إن الاطلاع على ظهير 21 يوليو 1923 حتى بصيغته العربية، يتبين أن مقتضياته تتحدث عن القنص في الكثير من فصوله، إلا في حالات نادرة جدا ،كما هو الحال في الفصل الأول (1)،الذي استعملت فيه الترجمة العربية مصطلح الصيد، أما باقي الفصول فتتحدث عن القنص .

(3) - ينص الفصل 10 مكرر على ما يلي:
«...يفيد أداء الغرامة في الحال الاعتراف بارتكاب المخالفة، كما يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية ...»
لقد أضيف هذا المقتضى بالفصل الثالث من الظهير الشريف رقم 1.61.234 بتاريخ 27 محرم 1382 (30 يونيو 1962)، وغير وتمم بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.127 بتاريخ 18 من جمادى الأولى 1427 (15 يونيو 2006) بتنفيذ القانون رقم 54.03 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف الصادر في 6 ذي الحجة 1341 (21 يوليو 1923) المتعلق بمراقبة القنص.
(الجريدة الرسمية عدد 5435 بتاريخ 03 يوليو 2006. الصفحة 1648).

(4) - احمد الخمليشي: شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة 1990، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط الصفحة 149.

(5) - وزارة العدل: شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الثاني، إجراءات المحاكمة، وطرق الطعن، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الشروح، والدلائل، العدد 7 ، الطبعة الثانية يوليوز 2005، الصفحة 46 .

أما قانون المسطرة الجنائية المغربي فلم يضع أي تعريف للاعتراف، وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 293 على أن الاعتراف يخضع كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

وسواء تم تضمين وثيقة الصلح ما يفيد صراحة اعتراف المتهم بارتكابه المخالفة الغابوية أم لا، فإن السؤال المطروح هو ما إذا كان إبرام الصلح الغابوي في حد ذاته يترتب عنه الاعتراف بارتكاب المخالفة؟

هناك اختلاف بين الباحثين حول حجية الاعتراف الناتج عن إبرام الصلح، سواء كان اعترافا صريحا أو ضمنيا؛ فمنهم من يرى أن الصلح يتضمن في طياته معنى الاعتراف الضمني بالجريمة المرتكبة[1]، في حين يميل أصحاب الاتجاه الثاني إلى القول بأن الصلح لا يفيد بالضرورة اقتراف المتصالح للجريمة، لأن الصلح، حسب هذا الرأي، هو نظام إجرائي لانقضاء الحق في الدعوى الجنائية بغير حكم، ولا يتمتع بحجية إيجابية في ثبوت التهمة أو نفيها، ويقتصر أثره على الحجية السلبية المتمثلة في انقضاء الدعوى الجنائية [2]؛ فالصلح هو وسيلة عملية لفض النزاع بالطريق السلمي، يتم اللجوء إليه نظرا للامتيازات التي توفرها الإدارة للمتصالح، فإذا كانت الإدارة تفضل اللجوء إلى الصلح، فقد يكون الدافع هو تفاهة الجرم، أو صعوبة تقديم أدلة ضد مرتكب المخالفة الغابوية، أو صعوبة تنفيذ الحكم، حتى في حالة إدانة المتهم، أما المتصالح فقد يكون الدافع للجوئه إليه هو إحساسه بكونه قد ارتكب المخالفة، لكن هاته الفرضية ليست مطلقة، حيث يمكن أن يكون بريئا لكنه يفضل أداء مبلغ مالي على المثول أمام جهاز العدالة كمتهم[3].

(1) - محمد حكيم حسين حكيم: مرجع سابق، الصفحة 114.
(2) - احمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، السنة 2002، الصفحة 338.
(3) - XAVIER (D.M): «Publicité، «Consommation et moralité» in la Gazette du Palais - 1974, page 741.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، وينسجم مع المبادئ القانونية للمسطرة الجنائية، ذلك أن القاضي الجنائي يحكم حسب اقتناعه الصميم، ولا يمكن أن يبني قضاءه إلا على حجج عرضت عليه أثناء الجلسة، ونوقشت شفهيا أمامه، حتى في حالة اعتراف المتهم بارتكابه للفعل الجرمي؛ وفي هذا الصدد تنص المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك. ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم. ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي، وتضيف المادة 287 أنه لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة، ونوقشت شفهيا وحضوريا أمامها، ولتأكيد سريان هذه المقتضيات حتى على الاعتراف كوسيلة من وسائل الإثبات، فقد نصت المادة 293 من نفس القانون على أن الاعتراف يخضع كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

وعليه، فحتى لو صدر اعتراف صريح من قبل المتهم، سواء في محضر الضابطة القضائية، أو في محضر الصلح، فإن ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي يمكن أن يأخذ به هذا الأخير، أو يستبعده، حسب اقتناعه الصميم.

غير أنه إذا كان القاضي الجنائي يلعب دورا إيجابيا، عند استقصاء وسائل الإثبات المعروضة عليه في إطار حرية الإثبات في الدعوى الجنائية، وحسب اقتناعه الوجداني والصميم، فإن هذه الحرية تضيق في إطار الإثبات الجنائي الغابوي، وتتقلص السلطة التقديرية للقاضي الذي لا يسعه إلا الأخذ بمضمون المحاضر القانونية، ولا يحق له

استبعادها[1]، وفي هذه الحالة يكون دور القاضي الجنائي مماثلا لدور القاضي المدني، الذي يتقيد مبدئيا بما يعرض عليه من وثائق، ومستندات، وحجج في إصدار أحكامه[2]، ويتجلى هذا الاستثناء في القيمة الثبوتية التي منحها التشريع الغابوي المغربي لبعض محاضر أعوان إدارة المياه والغابات، حيث صنفها ضمن المحاضر التي يوثق بمضمونها، ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور[3].

وعطفا عليه، إذا كان المشرع المغربي قد أعطى للمحكمة الزجرية سلطة واسعة في تقدير الحجج المعروضة عليها، ومنها الاعتراف المضمن في محضر الضابطة القضائية[4]، ولو كان هذا الأخير يصنف في خانة المحاضر التي يوثق بمضمونها، إلى أن يثبت العكس

---

(1) - ومع ذلك هناك بعض الحالات التي استبعدت فيها محكمة النقض محاضر إدارة المياه والغابات الموقعة من طرف موظفين أو أكثر، لعدم اقتناعها بالوقائع المضمنة فيه، والتي لم تستخلص منها الأدلة الكافية للإدانة. جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 1248 بتاريخ 03 أكتوبر 2013 في الملف جنحي عدد 10086/6/8/2013 ما يلي:
« إذا كان الفصل 65 من ظهير 10/10/1917 يجعل من المحضر المحرر من لدن عونين أو أكثر حجة رسمية لا يمكن دحضها إلا بادعاء الزور، فإن إعمال هذه القاعدة مشروط باستيفاء المحضر لمقوماته القانونية. والمحكمة لما قضت ببراءة المتهم من جنحة الترامي على الملك الغابوي من غير أن تأخذ بحجية المحضر المحرر بشأنها من طرف ثلاثة تقنيين، مبررة ذلك بعدم قانونية المحضر لعدم تبيان طبيعة التحريات المعتمدة في نسبة الفعل للمتهم الذي لم يستمع إليه بشأن المخالفة المنسوبة إليه، لم تخرق القانون، وعللت قرارها بما فيه الكفاية.»
) قرار منشور بالمجلة الصادرة عن محكمة النقض ،تحت عنوان «ملفات عقارية «،العدد الرابع (4) الخاص ب : «قضايا المياه والغابات «،السنة 2014، الصفحة 198 (.
(2) - أحمد بنطالبة: مرجع سابق، الصفحة 274.
(3) - ينص الفصل 65 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها على ما يلي:
« إن التقارير التي يكتبها الموظفون بإدارة المياه والغابات على اختلاف طبقاتهم وعليها إمضاءاتهم تعتبر حجة صحيحة في ثبوت المخالفات المقررة فيها كيفما كانت العقوبة الناتجة عنها بشرط أن تكون التقارير وقعت من موظفين اثنين. ويعتبر ما تضمنته التقارير من المخالفات صحيحا كيفما كانت عقوبته ما لم يدع التزوير فيها وعليه فلا تقبل حجة غيرها إلا إذا كان فيها خلل يؤدي قانونا إلى جرحه في جانب أحد الواضعين شكليهما عليه.
وإذا كان التقرير حرره أحد من موظفي إدارة المياه والغابات ووضع عليه شكله فالحجة صحيحة أيضا ما لم يدع التزوير فيها لكن لا يعمل بها إلا إذا كانت المخالفة لا تزيد عن مائة فرنك بين ذعيرة وتعويض الخسائر وإذا كان التقرير حرره أحد من موظفي إدارة المياه والغابات ووضع عليه شكله فالحجة صحيحة أيضا ما لم يدع التزوير فيها لكن لا يعمل بها إلا إذا كانت المخالفة لا تزيد عن مائة فرنك بين ذعيرة وتعويض الخسائر ...» .
ولقد غيرت الفقرة الأخيرة بمقتضى ظهير 05 أبريل 1949 الذي رفع من القيمة المالية للذعيرة والتعويض إلى مبلغ 10.000 فرنك، وبمقتضى المادة الخامسة من قانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.90.194 بتاريخ 31 دجنبر 1990 فإن الغرامات المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 10 أكتوبر 1917 ضربت في 10 ابتداء من تاريخ فاتح يناير 1991، فأصبحت بذلك هذه الغرامات والتعويضات محددة في 1000 درهم.
(4) - لقد اعتنقت محكمة النقض هذا التوجه منذ أمد بعيد، حيث قضت في قرار صادر عنها سنة 1971 بأن:
« لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير قيمة ما حوته تلك المحاضر من اعترافات، ومدى صلاحيتها، لأن يتخذ دليلا قاطعا في إثبات ما حرر من أجله، وهي لا تخضع في هذا الشأن لرقابة المجلس الأعلى طالما أن محكمة الموضوع لم تهمل ما لتلك المحاضر من حجية «
(القرار الصادر في القضية عدد 28110 بتاريخ 15 أبريل 1971، مشار إليه من طرف الأستاذ احمد الخمليشي، مرجع سابق، الصفحة 154).

بكل وسائل الإثبات، بل ولو كانت هذه المحاضر لا يمكن الطعن فيها إلا بادعاء الزور[1]، فإنه سيكون من باب أولى وأحرى، ممارسة هذه المحكمة لنفس السلطة تجاه الصلح الجنائي الغابوي.

ولقد سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن قضى بأنه:

« إذا تضمن محضر الشرطة اعتراف المتهم، فإن لقضاء الموضوع سلطة كاملة ليقدروا قيمة ذلك الاعتراف، حسب الظروف التي أحاطت به، وإذا انتهى بهم هذا التقدير إلى الحكم ببراءة المتهم، لا يكون عملهم هذا خرقا لما لمحضر الشرطة من حجية، ما داموا لم ينكروا ما جاء به من اعتراف، وإنما استعملوا سلطتهم لتقدير قيمته.»[2]

يتبين مما سبق، أن إبرام الصلح مع إدارة المياه والغابات، لا يمكن اعتباره اعترافا بالمخالفة الغابوية، واعتماده عند الاقتضاء، لإدانة المتصالح بهذه الأفعال، في حالة عدم المصادقة على هذا الصلح، أو فسخه، أو إبطاله، حيث يتم إرجاع الأطراف إلى ما كانوا عليه، قبل إبرام الصلح، ويطبق في هذه الحالة، المبدأ القانوني الشائع في القانون

(1) - تنص المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:
« المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنح، والمخالفات يوثق بمضمنها إلى أن يثبت العكس بأية وسيلة من وسائل الإثبات».
وهذا ما ينص عليه أيضا الفصل 65 من ظهير 10 أكتوبر 1917 المشار إليه.
ورغم أن هذين النصين القانونين يفيدان عدم إمكانية استبعاد المحاضر المنجزة في الجنح، إلا إذا طعن فيها بالزور، فإن محكمة النقض تمارس سلطتها التقديرية حول هذه المحاضر؛ فإذا لم تقتنع بمضمونها استبعدتها، وهذا ما قضت فيه في القرار الصادر عنها بتاريخ 09 فبراير 2012 والذي جاء فيه ما يلي:
« وحيث إن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من إدانة الطاعن من أجل المخالفة الغابوية فيكون قد تبنى علله وأسبابه. وأن الحكم المؤيد استند على أن محضر المخالفة لا يطعن فيه إلا بالزور، وأن العون التقني عاين قطعة أرضية محروثة، ومعشوشبة بالمكان المسمى « أقيت « وبأن الطاعن لم يدل برخصة تخول له القيام بذلك. في حين فإن من الثابت من وثائق الملف أن هناك خبرة قضائية أنجزت من طرف الخبير أحمد العصمي بتاريخ 26/2/1997 خلص فيها إلى أن الأرض المسماة « أوقيت» موضوع محضر المخالفة الغابوية هي أرض بيضاء وليست داخلة في الملك الغابوي، وأن المحكمة عندما أصدرت قرارها على النحو المذكور، ودون أن تناقش الخبرة المأمور بها جاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه، الأمر الذي يعرضه للنقض والإبطال «.
(القرار عدد 186 الصادر بتاريخ 09 فبراير 2012 في الملف جنحي عدد 8429/6/8/2011. (منشور في مجلة ملفات عقارية الصادرة عن محكمة النقض، العدد الرابع. مرجع سابق. الصفحة 250 وما بعدها).
(2) - القرار عدد 305 الصادر بتاريخ 25 يناير 1963. (منشور في مجلة القضاء والقانون عدد 65 و66 و67.السنة 7، يناير، ومارس 1964. الصفحة 272).

الجنائي، والذي يفيد بأن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للاعتراف بالمخالفة الغابوية، فهل يترتب عن إبرام الصلح إقرار المتهم باستحقاق الدولة للملك موضوع هذه المخالفة؟

المطلب الثاني: آثار الصلح على الإقرار بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامي عليها

تشترط دورية المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر رقم 4787 المتعلقة بمعيار التصالح بشأن الجنح الغابوية، لإبرام الصلح، عندما يتعلق الأمر بمخالفة الترامي على الملك الغابوي، من أجل البناء، أو التعشيب، أو الحرث، أن يدلي مرتكب المخالفة بتعهد (التزام) مكتوب، يعترف فيه بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامي عليها[1]، وبالكف عن استغلالها. فهل يعني ذلك إقرار المعني بالأمر باستحقاق الدولة لهذا العقار؟

إن المشرع المغربي لم يعرف الإقرار تاركا هذه المهمة للفقه، حيث عرفه هذا الأخير بأنه اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه، مقدرا نتيجته، قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه[2]، أو أنه اعتراف لشخص بحق عليه لآخر، قصد ترتيب حق في ذمته، وإعفاء الآخر من إثباته[3]، كما تم تعريف الإقرار بأنه اعتراف الخصم بصحة واقعة قانونية مدعى بها عليه[4].

والإقرار ينقسم إلى نوعين: إقرار قضائي، وهو الذي يقوم به الخصم أمام المحكمة، وإقرار

(1) - تعتبر هذه الصياغة معيبة، وكان من المستحسن تغييرها بما يفيد عدم استحقاق المتصالح للبقعة الأرضية المترامي عليها، عوض القول بالإقرار باستحقاق الدولة لهذا العقار، لأن هذا الإقرار ينحصر أثره بين الدولة، والمعني بالأمر، دون أن يمتد إلى الغير؛ إذ حتى لو أقر المتصالح بحق الدولة على هذه البقعة الأرضية، فإن ذلك لن يجدها نفعا تجاه الغير، الذي قد يستظهر حججا ومستندات تثبت ملكيته لها.

(2) - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء الطبعة الأولى، السنة 1999، الصفحة 256.

(3) - ادريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، السنة 1397/1977، الصفحة 161.

(4) - محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 1978، الصفحة 1119.

غير قضائي[1]، وهو الذي لا يقوم به الخصم أمام المحكمة، ويمكن أن ينتج عن كل فعل يحصل منه، وهو مناف لما يدعيه.

وبتطبيق هذه التعاريف على «التعهد» ، أو الالتزام الموقع من طرف المتصالح مع إدارة المياه والغابات، يتبين أنه يتم خارج أسوار المحاكم، وبالتالي يدخل ضمن الإقرار غير القضائي، وهذا الإقرار يفيد بأن المتصالح يعترف للدولة باستحقاقها للبقعة الأرضية موضوع الترامي، ما يترتب عنه سد الباب مطلقا أمام المعني بالأمر مستقبلا في منازعة الدولة في ملكية هذا العقار، حتى ولو ظهرت أدلة بعد ذلك تثبت استحقاقه لهذه البقعة الأرضية؛ فأحيانا يضطر المتصالح إلى إبرام صلح مع الإدارة وتقديم التزام بحق الدولة على العقار، كشرط للمصادقة على الصلح، تفاديا لعرضه على القضاء، وتجنبا للعقوبات الحبسية، لكنه سرعان ما يكتشف، مثلا، أن هناك قرائن أو دلائل تثبت عدم استحقاق الدولة للعقار موضوع المخالفة، فهل يحق له التراجع عن إقراره ومنازعة الدولة في ملكيتها؟

للجواب عن هذا السؤال، يمكن الرجوع إلى القواعد العامة للصلح الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ما دام التشريع الغابوي، والتشريع الجنائي أيضا، لا يتضمنان ما قد يسعف لحل هذا الإشكال، سيما أن الأمر هنا يتعلق بالإقرار المدني (استحقاق عقار)، وليس بالاعتراف الجنائي.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود يتبين أنه ينص في الفصل 1106 على ما يلي:

---

(1) - ينص الفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:
«الإقرار قضائي أو غير قضائي، فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم، أو نائبه المأذون له بذلك إذنا خاصا ....».
وينص الفصل 407 من نفس القانون على ما يلي:
«الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه، وهو مناف لما يدعيه».

« لا يجوز الرجوع في الصلح، ولو باتفاق الطرفين، ما لم يكن قد أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة «.

كما يمكن الرجوع إلى المقتضيات القانونية المتعلقة بالإقرار، كأحد وسائل الإثبات المدنية، حيث ينص الفصل 414 من نفس القانون على ما يلي:

«لا يسوغ الرجوع في الإقرار، ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي «.

وبتطبيق هذين المقتضيين القانونيين، يتبين أن المتصالح الذي أبرم عقد صلح مع إدارة المياه والغابات، لا يجوز له التراجع عن هذا الصلح، ولا عن الإقرار المضمن فيه، وتبعا لذلك يترتب عن إقراره استحقاق الدولة للعقار بصفة نهائية.

لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يجوز للمتصالح أن يتراجع عن إقراره، إذا أثبت أنه وقع في غلط مادي، كما يمكن له أن يطعن في الصلح بالإبطال، في عدة حالات حصرها الفصل 1111 من قانون التزامات والعقود المغربي[1]؛ ومنها الطعن بسبب الإكراه، أو التدليس، وهي الحالة التي يمكن أن يتمسك بها المتصالح في مواجهة إدارة المياه والغابات، على اعتبار أن المعني بالأمر يكون مكرها للجوء إلى إبرام الصلح لتفادي العقوبات الحبسية، وأداء التعويضات، والغرامات المالية كاملة، فهل يشكل هذا التخوف إكراها وسببا للمطالبة بإبطال الصلح والإقرار ؟

(1) - ينص الفصل 1111 من قانون التزامات والعقود المغربي على ما يلي:
« يجوز الطعن في الصلح:
أولا: بسبب الإكراه أو التدليس؛
ثانيا: بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صفته أو الشيء الذي كان محلا للنزاع؛
ثالثا: انتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجري:
أ- على سند مزور؛
ب- على سبب غير موجود؛
ج- على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة، كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده.
ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية «.

للجواب عن هذا السؤال، يتعين الرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة لعيوب الرضا، خاصة تلك المتعلقة بالإكراه؛

ينص الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:

« الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه «.

ويضيف الفصل 48 من نفس القانون ما يلي:

«الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية، أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يخول الإبطال، إلا إذا استغلت حالة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة، أو غير مستحقة، وذلك ما لم يكن التهديد مصحوبا بوقائع تكون الإكراه بالمعنى الذي يقتضيه الفصل السابق».

يستفاد من هذين النصين القانونيين، أن الخوف من اللجوء إلى القضاء لمتابعة المتهم جنائيا، لا يعتبر إكراها يترتب عنه الحق في المطالبة بإبطال الصلح، وذلك نظرا لكون الإكراه المعتد به هو الذي لا يسمح به القانون، في حين أن الأصل، طبقا للقوانين الجاري بها العمل، في ارتكاب المخالفات الغابوية، كبقية الجرائم، عرضها على القضاء لمتابعة المتهم وإصدار العقوبات المناسبة. ويبقى اللجوء إلى إبرام الصلح، هو استثناء من القاعدة، كما أن الفصل 48 المشار إليه، جاء صريحا وواضحا فيما يتعلق بعدم اعتبار الخوف الناتج عن التهديد باللجوء إلى القضاء، سببا يخول الإبطال.

وبناء عليه، إن التعهد أو الالتزام الموقع من طرف المتصالح لفائدة الدولة، والذي يقر فيه بأحقية هذه الأخيرة على الملك المترامى عليه، يعتبر إقرارا غير قضائي باستحقاقها لهذا العقار، وهو الإقرار الذي لا يجوز له، طبقا للمقتضيات المشار إليها التراجع عنه، حتى

ولو ظهرت فيما بعد حجج، أو أدلة تثبت ملكيته له، أو بالأحرى عدم استحقاق الدولة لهذه البقعة الأرضية المستولى عليها، اللهم إذا أثبت أنه وقع في غلط مادي، مفاده مثلا أنه أبرم الصلح على قطعة أرضية مملوكة له. وكان يعتقد أن الأمر يتعلق بعقار آخر، وهي حالة نادرة الوقوع.

ولعل ما يزيد من التضييق على المتصالح، هو أن الإقرار يعتبر سيد الأدلة ضمن وسائل الإثبات المدنية، فهو حجة قاطعة على المقر، وملزم للقاضي، ويعفي الطرف الآخر من إقامة الدليل على ادعاءه، ذلك أن سلطة القاضي في تقدير الإقرار في الإثبات المدني، هي سلطة محدودة جدا، خلافا للقاضي الجنائي الذي له سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالاعتراف، أو استبعاده، حسب اقتناعه الصميم، في إطار مبدأ حرية القاضي الزجري في الاقتناع، ولكون الإقرار إذا ما جاء مستوفيا لشروطه، فإنه يكون حجة على المقر، ولا تملك المحكمة حيال ذلك، إلا الأخذ به، واعتماده كوسيلة إثبات وتأسيس حكمها عليه .

وعلى الرغم مما ينص عليه الفصل 407، الفقرة الثانية، من قانون الالتزامات والعقود من أن: «مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق «، فإن ذلك لن يجد المتصالح في شيء، لأن هذا المقتضى يتعلق بطلب، أو عرض الصلح على الخصم، وهو العرض الذي يكون غير مقترن بأي تعهد، أو التزام، أو إقرار، أما الحالة موضوع المناقشة، فتتعلق بوجود التزام، وتعهد مكتوب وموقع من طرف المصالح، يقر فيه بحق الدولة على العقار المترامى عليه، وهو إقرار يلزم القاضي المدني بالأخذ به.

يتبين مما سبق، أن مرتكب المخالفة الغابوية يجد نفسها في الكثير من الأحيان في حيرة من أمره، ومحاصر بين مطرقة المتابعات الجنائية، وسندان الشروط الموضوعة من طرف إدارة المياه والغابات، وبالتالي يصعب عليه حسم الموقف الذي سيتخذه بشأن المخالفة

المرتكبة من طرفه، لا سيما أن قبوله للصلح مع إدارة المياه والغابات سيترتب عنه، التنازل عن حقه في المطالبة بهذا العقار مستقبلا، وإقراره باستحقاق الدولة له. ويبقى القضاء هو الملجأ الوحيد لحسم هذا الأمر، ولذلك يتعين عليه ممارسة رقابته، إذا ما عرض عليه النزاع بعد إبرام الصلح، واستعمال كامل صلاحياته، وسلطاته في تقدير قيمة هذا الاعتراف، انطلاقا من المستندات المعروضة عليه.

قائمة المراجع المعتمدة

- **محسن الصويب**: الملك الغابوي وقواعد حمايته جنائيا، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، الطبعة الأولى، السنة 2016.

- **عمر أبو الطيب**: الدعوى العمومية، شركة بابل للطباعة، والنشر، والتوزيع- الرباط، الطبعة الأولى، السنة 1995.

- **محمد حكيم الحسين حكيم**: النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2002،

- **احمد الخمليشي**: شرح قانون المسطرة الجنائية، الدعوى المدنية – الدعوى العمومية - البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط، السنة 1988.

- **جمال الطاهري**: حجية الأمر المقضي به في المادة المدنية، محاولة حد وتحديد، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1432/2011.

- **العلوي جعفر**: المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها، وقضاء، دار القلم-

الرباط، السنة 2000.

- **احمد الخمليشي**: شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة 1990، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط.

- **احمد فتحي سرور**: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، السنة 2002.

- **عبد الكريم شهبون**: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء الطبعة الأولى، السنة 1999.

- **ادريس العلوي العبدلاوي**: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، السنة 1397/1977.

- **محمود جمال الدين زكي**: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 1978.

- **محمد الشلي**: المصالحة الجمركية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس اكدال- الرباط، السنة الجامعية 2008- 2009.

- **عبد العزيز الأحمدي**: الحماية القانونية والقضائية للملك الغابوي بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2015- 2016.

- **نور الدين الرحالي**: المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في المغرب، أطروحة لنيل

الدكتوراه في العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، السمنة الجامعية -2014 2015.

- **رابحي قويدر**: القضاء الدولي البيئي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجزائر، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية -2015 2016.

- **أحمد بنطالبة**: الحماية الجنائية للغابة المغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية -2008 2009.

- **نادية المشيشي**: الحماية الجنائية للبيئة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية -2014 2015.

- **سعادي عارف محمد صواطفة**: الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة لنيل درجة الماجستر في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين، السنة الجامعية 2010.

- **حميد القلعي**: المصالحة الجمركية، إشكالية الطبيعة القانونية والرقابة القضائية، بحث لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية -2009 2010.

- **نادية المشيشي وأحمد بنطالبة**:» التشريع الجنائي ودوره في مواجهة التغيرات المناخية «، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 100، الطبعة الأولى 2017.

- **ETTAYBI: Consommation** et moralité»، in la Gazette du Palais - 1974.

- **MEKOUAR (M.A),** Etudes en droit de l'environnement, éditions Okad, Casablanca, 1988.

- **CAUSSE (L.M.F),**» La transaction en matière pénale», Thèse de Doctorat en droit, Faculté de droit de Toulouse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris

- **ETTAYBI (A)**: «La responsabilité civile à l'épreuve du préjudice écologique: cas de l'affaire de l'Erika» , Travaux du colloque international organisé à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l'Université Mohamed V Souissi- Rabat, les 12 et 13 novembre 2012 sur le thème: « l'environnement et le développement durable: Les nouvelles alternatives », Textes réunis par Bouchra NADIR, Imprimerie El Maarif Al Jadida, Rabat, 2014.

- **XAVIER (D.M):** «Publicité, Consommation et moralité»، in la Gazette du Palais - 1974.

- **DUPRE (J.F)، «La** transaction en matière pénale»، Thèse de Doctorat، Paris 1975.

III. كيفيـــة إجــراء محاولـــة الصلـــح بيـــن الزوجيـــن فـــي قضايـــا الأســـرة

إعداد: الأستاذ بندعيجو عبد السلام
رئيس قسم قضاء الاسرة
بالمحكمة الابتدائية بالرباط

تمهيد:

حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها حث ديننا الحنيف على كل ما يساعد على استمرار الحياة الزوجية في جو يسود فيه الوئام والاطمئنان وطوقها بمجموعة من الأحكام والضوابط لتحقيق هذا الهدف.

ولهذه الغاية حث القرآن الكريم على الصلح بين الزوجين وسمي « خيرا « فقال سبحانه وتعالى « والصلح خير « (النساء 128)

ذلك أنه بالصلح تأتلف القلوب، وتعفو النفوس، وتطيب الخواطر والمشاعر، وبه يحصل المقصود، بعيدا عن أي ضغينة أو أحقد بين الزوجين، وبهذا خالف الصلح الحكم، وفي هذا الصدد قيل في المثل الشعبي « صلح خاسر ولا دعوى مربحة».

وللصلح أهمية كبرى على الزوجين وعلى الأسرة عموما.

وإذا كان من المسلم به أن الحياة الزوجية تطرأ عليها - أحيانا – بعض الهزات تختلف درجاتها من أسرة لأخرى، تبعا لنوعية الخلاف، والذي يعتبر أمرا طبيعيا، وقد لا تسلم منه أسرة، وكانت الغاية المتوخاة من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة هي استقرار الأسرة، فإن مما يحافظ على هذا الاستقرار الصلح بين الزوجين لما يؤدي إليه من الحفاظ على كيان الأسرة من التصدع والتفكك.

ذلك أنه بإنصاف المرأة، وبحماية حقوق الأطفال، وبالحفاظ على كرامة الرجل يحافظ على توازن الأسرة واستقرارها.

وهكذا فإن طبيعة هذا الموضوع العملي في كيفية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين تقتضي تناول محتوياته على الشكل التالي:

- مفهوم الصلح والحث عليه (أولا)
- توفير المناخ لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين (ثانيا)
- الكفاءات والمهارات المتطلبة في قاضي الصلح (ثالثا)
- التفعيل الجيد لمحاولة الصلح (رابعا)
- الكيفية العملية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين (خامسا)
- آليات التوفيق المساعدة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين (سادسا)
- العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في قضايا الأسرة (سابعا)
- الإحصائيات المسجلة في الصلح بين الزوجين (ثامنا)
- مقارنة بين محاولة الصلح والوساطة (تاسعا)
- خلاصات واقتراحات (عاشرا)

أولا: مفهوم الصلح والحث عليه:

مفهوم الصلح

الصلح في اللغة إنهاء الخصومة، واصطلاحا إنهاء نزاع قائم أو محتمل بشأن خصومة بعد تنازل كل طرف عن جزء من حقه في النزاع، (كما عرفه أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة في العصر الحديث الدكتور وهبة الزحيلي (1932 - 2015). كما يعرف الصلح بأنه الجمع والتأليف بين الناس.

الحث على الصلح

نظرا لأهمية الصلح، وما يترتب عنه من آثار جد حميدة على الناس بصفة عامة، وعلى الأسرة بصفة خاصة، تم الدعوة إليه والحث عليه في عدة مرجعيات.

الحث على الصلح في القرآن الكريم

جاء في قوله تعالى «: **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحها بينهما صلحا، والصلح خير ...... (النساء 114)**

وقال عز من قائل:» **فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم (الإنفال 1)**

وقال جل علاه:» **إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم « (الحجرات 10)**

ورعيا للدور الرائد للصلح في رأب الصدع وتصفية الأجواء ورد الحث عليه في عدة آيات قرآنية.

الحث على الصلح في السنة

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال إصلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة ....» (سنن أبي داوود) وقال ابن منظور « الحالقة أي التي من شأنها أن تحلق أي تهلك وتستأصل الدين كما تستأصل الموسى الشعر» لسان العرب 293/3.

- واعتبارا لأهمية الصلح وما يحققه من نتائج جد إيجابية أنه تسومح فيه بالكذب مع أنه محرم، وفي هذا الصدد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الكذب مذموم إلا في أمرين:

دفع شر الظلمة، وإصلاح ذات البين».

كما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم « لصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»

الحث على الصلح في أقوال الصحابة

- كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قائلا «رد الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن «.

وقال أنس رضي الله عنه: « من أصلح بين إثنين أعطاه الله بكل كلمة عتق رقبـــــة » (الترغيبوالترهيب، (489/3).

الحث على الصلح في الأدب العربي

من أهمية الصلح أنه يحافظ على المودة وبه يتم التجاوز عن الأخطاء، ليعيش الناس في

ألفة وفي اجتماع، وهذا ما يتجلى فيما جاء عن الشاعر العربي ما نصه:

فاليوم تصالحنـا ***** ونطوي ما جرى منا

فلا كان ولا صـار *****ولاقلتم ولا قلـنا

فما أحسن أن نرجع ***** للود كما كنـــا

الحث على الصلح في بعض القوانين العربية

*نص الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه لا يصدر حكم الطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك، وتجري محاولة الصلح ثلاثة مرات عند وجود أطفال من بينهم طفل قاصر أو أكثر لدى الزوجين، ويمكن الاكتفاء بجلسة واحدة إذا كان الطلاق بالتراضي.

*نص القانون الجزائري في المادة 49 (الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) على ما يلي: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز المدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

*نص القانون السوري في المادة 88 من مرسوم رقم 59 لسنة 1953 المنشور بتاريخ 17/9/1953 المنشور بتاريخ 17/9/1953 على ما يلي: إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة معالجة، أجلها القاضي شهرا أملا بالصلح.

*نص القانون العماني في المادة 89 من قانون رقم 32 لسنة 1997 المنشور بتاريخ 15/06/1997 على ما يلي: « ... على القاضي قبل وقوع التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين »

الحث على الصلح في مدونة الاسرة

أولت مدونة الأسرة الصلح بين الزوجين عناية واهتماما كبيرين، حيث ألحت على إجراء محاولة الصلح في مسطرة التعدد وقبل الإذن بالإشهاد بالطلاق بكل أنواعه، من الطلاق الرجعي، والطلاق قبل البناء، والطلاق المملك، والطلاق الاتفاقي، والطلاق الخلعين، وألحت عليه قبل الحكم بالطليق سواء التطليق للضرر، أو الشقاق، أو لعيب أو للإيلاء والهجر، باستثناء التطليق للغيبة، لتعذر إجراء محاولة الصلح فيه بسبب غياب الزوج، طبقا لأحكام المواد 82 – -89 94 - 113 من المدونة.

كما ألحت المدونة على مضاعفة الجهود في الصلح بتكرار محاولته، حينما يكون للزوجين أطفال، حفظا على تماسك الأسرة واستقرارها وبقائها مجتمعة، وتلافيا لكل تفكك لا تخفى عواقبه على الزوجين والأولاد بصفة خاصة، وعلى المجتمع بصفة عامة.

علما بأن المشرع في قانون المسطرة المدنية نص على إجراء محاولة الصلح في جميع قضايا الأسرة، الفصل 180 « إذا أحيلت القضية على القاضي استدعى حالا الأطراف إلى الجلسة.

يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجرى دائما محاولة الصلح «

والغاية من الحث على إجراء محاولة الصلح في كل قضايا الأسرة حماية الأسرة من كل تفكك وتصدع، والحفاظ على بقائها تنعم بالود والاطمئنان والاستقرار.

ثانيا: توفير المناخ المناسب لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

يعتبر توفير الفضاء الملائم في أقسام قضاء الأسرة لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين من الأهمية بمكان، رعيا لخصوصيات الأسرة وللعناية بأفرادها، لذا ورد في احدى الخطب الملكية السامية الحث على الإسراع بإيجاد مقرات لائقة بقضاء الأسرة بمختلف محاكم المملكة.

ولتوفير هذا الفضاء ينبغي أساسا إيجاد بناية تتوفر على جميع المرافق الضرورية، من شباك المعلومات لمساعدة المواطنين للولوج إلى خدمات العدالة، وقاعة الاستقبال، وتوفير قاعات لائقة لإجراء محاولة الصلح فيها، وتجهيزها بما يساعد على نجاح محاولة الصلح وهذا ما يتجلى فيما يلي:

شباك المعلومات لإرشاد المواطنين

مما يساعد المواطنين الوافدين على أقسام قضاء الأسرة للولوج إلى خدمات العدالة ما يسمى بمركز الاستقبال أو شباك المعلومات «.

وهذا المركز أو الشباك يلعب دورا مهما في مساعدة المواطنين لمعرفة المكاتب أو القاعات المقصودة أو لمعرفة بعض المعطيات حول ما يتعلق بقضاياهم، من قاعات وشعب وغيرها من المكاتب حتى لا يبقى المرتفق تائها، وخاصة إذا كان قسم قضاء الأسرة كبيرا.

لذا فدور هذا المركز يتجلى في التوجيه والإرشاد والتوعية وتمكين المعنيين بالأمر بالمطويات والمطبوعات عند الاقتضاء.

والوزارة الوصية جادة بشراكة مع فاعلين محليين ودوليين من أجل تقديم خدمات حداثية وعصرية مجهزة بالمعلوميات لمساعدة الوافدين على أقسام قضاء الأسرة، وذلك بإعطاء

هذا الشباك دينامية جديدة ودورا طلائعيا من خلال الورشات والدراسات التي تناقش هذا الموضوع حتى تكون له الفعالية والنجاعة في الدور المنوط به عملا بمبدأ « سياسة القرب « من المواطنين وهمومهم وتفعيلا لمبدأ «القضاء في خدمة المواطن».

قاعة الاستقبال

رعيا لكرامة الإنسان بصفة عامة، ولمختلف أوضاع الناس وظروفهم فمن الملائم إيجاد قاعة للاستقبال وانتظار إجراء محاولة الصلح، وحتى تتحقق الغاية المتوخاة منها يتطلب فيها ما يلي:

- أن تكون هذه القاعة ملائمة وصالحة.

- أن تكون مجهزة بما يخدم راحة المواطنين.

- أن تكون في بهو القاعة لوحة ملصقة تتضمن إرشادات إلى القاعة التي تجري فيها محاولة الصلح والى كل ما يقدم خدمة للناس.

- أن يكون هناك فضاء للأطفال.

المكان الملائم لإجراء محاولة الصلح

من المعلوم أن ملاءمة المكان لها دور كبير على نفسية الإنسان، لذا وحتى يكون المكان ملائما فإنه يتطلب فيه ما يلي:

- أن تكون البناية صالحة ومتسعة، نظرا لكون المكان يتوافد عليه، بالإضافة إلى الزوجين الفئة المساعدة على محاولة إجراء الصلح، من الحكمين أو مجلس العائلة أو المحامين.

- أن يساعد المكان على السرية وذلك حفاظا على أسرار الزوجين، لذا اختير للجلسة أن

تكون بغرفة المشورة، طبقا لأحكام المادة 82 من المدونة، التي جاء فيها « عند حضور الطرفين تجري المناقشة بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه «

ثالثا: الكفاءة المتطلبة في قاضي الصلح:

لنجاح محاولة الصلح يجب أن يتوفر في قاضي الصلح الذي يجري المحاولة الكفاءة المهنية، والكفاءة السلوكية.

الكفاءة المهنية لقاضي الصلح

نظرا لأهمية محاولة الصلح، وآثارها على الأسرة بصفة عامة، وعلى الزوجين والأطفال بصفة خاصة، ورغبة في أن تتحقق الغاية المتوخاة منها، فإنه يتطلب في القاضي الذي يقوم بهذه المهمة أن يكون كفأ، وحتى يكون كذلك ينبغي أن يتوفر على ما يلي:

- الثقافة القانونية

نظرا لكون محاولة الصلح تم الحث عليها قانونا، وتم الإلحاح على تكرارها عند وجود أطفال، فالقاضي مطالب بتكريس هذه المحاولة تفعيلا لإرادة المشرع المتمثلة في إبقاء الأسرة متماسكة مجتمعة يسودها الهدوء والاستقرار، خاصة إذا كان من بينها أطفال، علاوة على بعض الجوانب الأسرية التي تثار بمناسبة إجراء محاولة الصلح، كالنفقة والحضانة والنسب، مما تكون معه الثقافة القانونية ضرورة ملحة، وهذا مفترض في القاضي وخاصة ما يتعلق بقضايا الأسرة.

- الثقافة القضائية

من المفترض في القاضي أن تكون له ثقافة قضائية، تتمثل في الاطلاع الواسع على الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة بقضايا الأسرة، وخاصة اجتهادات محكمة النقض، وكذا بالنسبة للأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية للقانون المقارن، حتى يكون له حس قضائي أسري متميز يستطيع به ومعه الإبداع والخلق في مجال الأسرة، خاصة في مجال الصلح والوساطة الأسرية.

- الثقافة ذات الصلة بالموضوع

بالإضافة إلى الثقافة القانونية والقضائية لقاضي الصلح فهو مطالب أيضا بأن تكون لديه ثقافة متعددة المواهب وينبغي أن يكون على دراية بالواقع الاجتماعي وعادات المجتمع، ومعرفة شخصيات الناس وأنماط السلوك لديهم، حتى يسهل عليه التعامل مع أوضاعهم ويضمن لمحاولة الصلح النجاح، وأن يتحلى بالفضائل من الصدق والاستقامة والمعاملة الطيبة والسلوك الحسن، والتخلي عن الرذائل.

وفي هذا الصدد أنشأت بعض الدول مراكز لإصلاح ذات البين والاستعانة بباحثين اجتماعيين ونفسيين وشرعيين، مع الاستعانة بأهل الخبرة والتجربة والاستشارة.

لذا يجب الاستفادة من العلوم والفنون ذات الصلة بالموضوع ومنها:

- **العلوم الانسانية.**
- **علم النفس.**
- **علم الاجتماع.**

- **ثقافة حقوق الإنسان.**
- **مقاربة النوع.**
- **تقنيات الوساطة.**
- **تقنيات التواصل.**

الكفاءة السلوكية لقاضي الصلح

تتجسد في هذه الكفاءة المعبر عنها بأخلاقيات المهنة فيما يعرف بالتحلية والتخلية، أي ما يجب أن يتحلى به القاضي – خاصة قاضي الأسرة – بالأخلاق الفاضلة، والسلوك الحسن، وما يجب أن يتخلى عنه، من كل السلوكيات التي تتنافى معه، فقاضي الصلح خاصة يجب أن يكون على قدر عال من الأخلاق والمروءة والعفة، إذ أن تعامله في مجال الأسرة يكون مع النساء في الزواج والطلاق والنفقة والحضانة وغير ذلك، وفي هذا الصدد نعرض لبعض الأخلاق لأهميتها الكبرى في مجال قاضي الصلح وتتجلى:

- المروءة

هذا الخلق تجمع فيه ما تفرق في غيره، لذا فقد قيل انها جماع مكارم الأخلاق، ومحاسن الأدب، لذا فأحسن ما يوشح به القاضي، وعلى الأخص قاضي الاسرة قاضي الصلح بين الزوجين، اتصافه بهذا الخلق.

- حسن الخلق

فالقاضي مطلوب منه عموما وفي جلسة الصلح مع الزوجين خصوصا أن يكون بشوشا ، طليق الوجه ، لا عبوسا، ورحيما متسامحا، لا جافا ولا فظا غليظ القلب ولينا في تعامله

مع الناس، في طرح الأسئلة عليهم، وفي البحث معهم، وفي هذا قال الله تعالى لموسى وهارون عليهما السلام، حينما أمرهما بالذهاب إلى فرعون لدعوته للتوحيد : **فقولا له قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى (طه 44)** علما بأن المخاطبين هما موسى وهارون عليهما السلام « وأن الذي سيدعوانه هو فرعون القائل « أنا ربكم الأعلى» (النازعات 24) ومع ذلك كان الحث على التعامل معه باللين وبالأحرى غيره اللذين يستحقان هذا اللين ، إنهما الزوجان في جلسة الصلح لما هو مقرر من أن « ما يدرك باللطف لا يدرك بالعنف «.

- الحلم

في بعض الأحيان يقع في جلسة الصلح تصرف من أحد الزوجين يتسم بالتوتر ، إما تجاه الزوج الآخر أو تجاه القاضي، ويصل في بعض الأحيان إلى حد رفع الجلسة والمطلوب من القاضي الصلح أن يهيئ الجو ، ويوفر المناخ للصلح ، وذلك بتهدئة الطرف المعني بالأمر، رفع الجلسة تأخير النظر في الموضوع إلى جلسة أخرى، وبصفة عامة أن المطلوب من القاضي أن يتحكم في تسيير الجلسة، وهذا لا يكون، طبعا، بتوتر مواز منه، ولكن القاضي بحنكته وحلمه يقوم باحتواء ذلك، ويخلق مناخا آخر يغير ما وقع، ولذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه « اللهم أعطني العلم وأعطني السكينة والحلم «

- كتم أسرار الزوجين

مما يجب على القاضي الصلح كتم أسرار الزوجين والحفاظ عليها، فالأسرار أمانة يجب الحفاظ عليها، وأنها حق وملك للزوجين لا ينبغي التصرف فيها.

رابعا: التفعيل الجيد لمحاولة الصلح:

إن تفعيل محاولة الصلح على نحو أحسن يقتضي إعداد استراتيجية محكمة لملفات القضايا الأسرية التي تجري فيها المحاولة، والتسيير المحكم لجلسة الصلح، وإجراء المحاولة بالجدية المطلوبة وتتجلى هذه الاستراتيجية فيما يلي:

الاعداد الجيد للملفات

ملفات الصلح يجب دراستها دراسة قبلية ومركزة وذلك حتى يتم التركيز في محاولة الصلح على النقط التي تخدم الهدف، وتحقق الغاية المتوخاة من هذه المحاولة، كما يجب المساعدة على استكمال وثائق الملف و إشعار الأطراف بالوثائق التي تنقص ملفاتهم.

إدراج العدد الملائم من الملفات في جلسة الصلح

في هذا الصدد يقتضي الأمر ترشيد الملفات مع العدد الموجود من القضاة، وذلك لكي تجري محاولة الصلح في ظروف ملائمة أكثر، وبالكيفية التي تتحقق معها نتائج أحسن في الصلح ويسهل دراسة الملفات و إعداد بطاقة مصغرة لكل ملف تتضمن النقط المهمة للتركيز عليها في جلسة الصلح.

وعلى القاضي بذل قصارى جهده في محاولة الصلح، وأن يكرر هذه المحاولة عند الاقتضاء، لأن تكرارها من ضروريات عمل المصلح الذي يتفقد الزوجين من حين لآخر، والغاية من هذا التكرار التأثير في الزوجين.

خامسا: الكيفية العملية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين

استنادا إلى ما ذكر، ورغبة في أن تتحقق محاولة الصلح الغاية المتوخاة منها المتمثلة في

الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها، ورعيا للتجارب الحديثة في الوصول إلى التسوية الودية التي أصبحت تتبناها مختلف التشريعات الحديثة، فإن محاولة الصلح أصبحت تخضع لمنهجية حديثة، وتقنيات خاصة بها ومعها يتم التعامل مع الزوجين في مختلف شرائح المجتمع، ولم تبق هذه المحاولة كما كانت من ذي قبل، وإنما وضعت لها ضوابط واستراتيجية يتعين التقيد بها، والتفاعل معها، وهذا ما يتبين فيما يلي:

- **ما يتطلب من القاضي في جلسة الصلح.**
- **ما يتطلب من القاضي في مرحلة الحوار مع الزوجين.**
- **ما يجوز للقاضي في جلسة الصلح.**

ما يتطلب من القاضي في جلسة الصلح

في هذا الصدد يتطلب من القاضي، بالإضافة إلى الشروط الشكلية والضوابط القانونية التي توجبها القوانين المرعية لانعقاد الجلسات بصفة عامة، ما يلي:

- الدخول الى الجلسة بنية الصلح.
- التأكد من هوية الزوجين.
- إشعار الطرفين بمحاولة الصلح.
- توضيح القاضي أهمية الصلح على الأسرة.
- التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه.
- ويبدو من المفيد تسليط الضوء على هذه النقط بإيجاز.

- الدخول إلى الجلسة بينة الصلح

من المعلوم أن النية مطلوبة في كل عمل، عملا بالحديث الشريف، « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ....»

لذا فالقاضي مطلوب منه أساسا أن يدخل إلى الجلسة بنية الصلح **لا** بنية الطلاق، بل حتى الجلسة ينبغي أن تسمى جلسة الصلح، لا جلسة الطلاق أو التطليق، وأن يكتب في اللوحة جلسة الصلح، وأن يستعين بالله قبل البدء بالإصلاح مستحضرا قوله سبحانه « **وإياك نستعين**»(الفاتحة 5)

- التأكد من هوية الزوجين:

جرت العادة أن العون يدخل الزوجين إلى القاعة أو المكتب الذي ستجرى فيه محاولة الصلح، ونظرا لكون الامر يتعلق بالصلح بين الزوجين، فيبدو من المفيد والملائم، ورعيا لخصوصيات الأسرة، أن القاضي

يفاتحهما بعبارة « تفضلوا كما هو الشأن بالنسبة للوساطة، وهذا يعطيهما الثقة والاطمئنان أكثر وأن يتعامل معهما بطلاقة الوجه وحسن القول ولين الجانب، فهذا التقديم له أهميته في نجاح الصلح، بل يجعل الزوجان يحسان بأنهما أمام قاضي للأسرة يقترب منهما لمساعدتهما على قضيتهما، وليس أمام محقق أو محاكمة.

ثم بعد ذلك يجب التأكد من هوية كل من الزوجين، وهذا التأكد يعتبر مهما لتحديد الزوجين اللذين ستجرى معهما محاولة الصلح.

- إشعار الطرفين بمحاولة الصلح

يشعر القاضي الطرفين بأنه سيجري معهما محاولة الصلح، حتى ولو كان هناك اتفاق بينهما على إنهاء العلاقة الزوجية، وذلك من أجل تهيئهما لهذه المحاولة.

- توضيح القاضي أهمية الصلح

القاضي يوضح للطرفين أهمية الصلح على الأسرة بكل مكوناتها وعلى المجتمع، ويذكرهما بإيجابيات الوفاق وسلبيات الفراق، بإيجاز، ولا يدع للخلاف موقعا، فيزيل الأشواك ويغرس مكانها الورود.

ومن أجل اطمئنان الزوجين لابد للقاضي من تذكيرهما بأنه أمين على أسرارهما، كما يطلب من القاضي الصلح أن يتصف بالحياد، وأن يبقى على مسافة من الزوجين، وأن يستمع إليهما معا، ويوضح لهما أنه مصلح، وليس خصما لأحد، وبهذا يكون محل تقدير واحترام منهما معا، وإذا تعنت أحد الزوجين فلا ينبغي قهره او تهديده، حتى لا يكون خصما لأحدهما، بل يتعين عليه أن يستحضر في هذه الجلسة الحياد والعدل، والانصاف كلما أحس بالميل والاستمالة، استنادا إلى ما في الرسالة العمرية في القضاء التي جاء فيها « .... آس بين الناس في وجهك وعدلك... «

- التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه

للمساعدة على جمع معلومات مركزة ومضبوطة في وقت وجيز لا بد من التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه، إذ من الأخلاق عدم مقاطعة أحد على الآخر كلامه إلا عند الحاجة، وهذا يجعل الزوجين يحسان بأنهما أمام التزام أدبي يتمثل في احترام كل منهما الآخر، مما يسهل مأمورية قاضي الصلح في إدارة الحوار بين الزوجين في جو يتسم بالانضباط ويطبعه النظام والاحترام.

ما يتطلب من القاضي في مرحلة الحوار مع الزوجين:

القاضي في هذه المرحلة يتطلب منه قبل إجراء محاولة الصلح عدة أمور تساعده على نجاح المحاولة، وتتجلى في إعطاء الكلمة لكل واحد من الزوجين، ليتحدث عن دواعي الخلاف بينهما وتمكين كل واحد من التعقيب والردود.

كما يتعين على القاضي تهدئة الزوجين عند الاقتضاء في بعض الأحيان التي يحدث بعض التوتر، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتدخل بأسلوب حكيم ومرونة ليضع حدا لذلك، ويعيد الزوجين إلى توازنهما ورشدهما، إما بتوقيف الجلسة، أو بتأخيرها إلى جلسة أخرى، أو بالانفراد بكل فرد على حدة، إلى غير ذلك مما يساعد على الحوار الهادي والهادف، وهذا ما يسمى في الوساطة ب « عقد جلسات منفصلة « أو جلسات منفردة.

ما يجوز للقاضي في جلسة الصلح:

يعمل قاضي الصلح ما في وسعه إلى ما يحقق نجاح محاولة الصلح بين الزوجين فهو يقوم بما يلي:

- إجراء محاولة الصلح بقاضي منفرد.
- انتداب حكمين.
- الاستعانة بمجلس العائلة.
- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للصلح.
- إشراك الهيئة القضائية عند الاقتضاء.

- الاستماع إلى الأطفال عند الحاجة.

- الاستماع الى الأطفال عند الاقتضاء.

- إجراء محاولة الصلح بقاضي منفرد:

أثبت التجربة العملية أن إجراء محاولة الصلح من طرف قاض منفرد أحسن من إجرائها بهيئة جماعية، لكون الزوجين يتحفظان أمام الهيئة الجماعية، والنيابة العامة، وكاتب الضبط، بالإضافة إلى حضور الدفاع والحكمين أو مجلس العائلة عند الاقتضاء.

لذا فإن إجراء المحاولة بقاض منفرد له نقاعته وأهميته، وهذا ما يسير عليه العمل في أقسام قضاء الأسرة بعد اخذ التجربة في بداية دخول مدونة الأسرة بهيئة جماعية.

- انتداب حكمين

مما تستعين به المحكمة على إجراء محاولة الصلح انتداب حكمين، وسيتم الكلام عليهما ضمن آليات الصلح.

- الاستعانة بمجلس العائلة

يمكن للمحكمة الاستعانة أيضا بمجلس العائلية على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين.

- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للصلح

يرى القاضي في بعض الأحيان ، أن هناك من يكون لهم دور كبير في نجاح محاولة الصلح فيعينهم ، كانتداب المجلس العملي والمؤهل بطبيعته للقيام بمهمة إصلاح ذات البين بين الزوجين ، وفي هذا الصدد تم التنسيق بين وزارة العدل والمجلس العلمي الأعلى ، وتم إصدار منشور في هذا الصدد للسادة القضاة بإمكانية الاستعانة بالمجلس

العلمي للقيام بإجراء محاولة الصلح ، وكذا انتداب القضاة الملحقين في بعض السفارات أو القنصليات بالخارج للقيام بمحاولة الصلح لأفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج ، أو المساعدات الاجتماعيات اللائي أثبتت التجربة كفاءتهن في هذا المجال وغيره ، أو غير ذلك من الأشخاص والهيئات والمؤسسات التي ترى المحكمة أنها مؤهلة لهذا الغرض .

- إشراك الهيئة القضائية عند الاقتضاء

من المعلوم أن القانون أسند مهمة الصلح إلى المحكمة، إلا أن التجربة أثبت نجاعة ونجاح الصلح الذي يقوم به القاضي الفردي على الهيئة الجماعية، إلا أنه بالإمكان عقد جلسة الصلح بهيئة جماعية إن اقتضى الأمر ذلك.

- الاستماع الى الأطفال عند الحاجة:

تكون الحاجة ماسة في بعض الأحيان، الاستماع لبعض الأشخاص لتوضيح بعض الأمور، أو لإضافة بعض المعطيات، أو غير ذلك مما يقتضيه الصلح، فالقاضي له الصلاحية في ذلك للاستماع إما إلى أبوي الزوجين « أو بعض اقاربهما أو غير ذلك، ممن يرى أن هناك فائدة في الاستماع إليه، لكن مع مراعاة خصوصيات الأسرة.

وعند الضرورة يكون من المفيد الاستماع إلى الأطفال للتعرف على وضعهم الصحي والنفسي والاجتماعي والدراسي، وكذا التعرف على نفسية الأطفال وغير ذلك مما يساعد على اتخاذ كل التدابير اللازمة للعناية بالأطفال وحمايتهم.

سادسا: آليات التوفيق المساعدة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

تتجلى هذه الآليات في تعيين حكمين أو مجلس العائلية أومن تراه المحكمة مؤهلا

لإجراء محاولة الصلح، فيما يلي:

أ- تعيين القاضي حكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين

ب–تعيين مجلس العائلية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين

ج- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للقيام بمحاولة الصلح

أ- تعيين القاضي حكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين:

من المعلوم أن القاضي يستعين بحكمين للقيام بمحاولة الصلح في كل من طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق، وفي دعاوى التطليق وخاصة التطليق للشقاق، طبقا لأحكام المادتين 82 و94 من مدونة الأسرة.

فمن هما الحكمان؟ وماهي الحكمة والفلسفة من تعينهما من أهل كل من الزوجين؟ وماهي شروطهما؟ وكيف يتم توجيهما وإرشادهما لأدائهما مهمتهما على الوجه المطلوب؟

الحكمان شخصان يعينهما القاضي من أهل كل من الزوجين إن أمكن، وإلا عينهما من غير أهلهما، وذلك للقيام بإصلاح ذات البين بين الزوجين، وتتجلى علة تعيين الحكمين من أهل كل من الزوجين في أن كل واحد منهما يكون على بينة من أسباب النزاع بين الزوجين، ويجب أن يتوفر في الحكمين بعض الشروط الأولية، من بينها سن الرشد وأن يكون أهلا ليكون حكما، مجتنبا للكبائر، ويراعى فيه ما يحقق الغاية منه.

وحين يستدعي القاضي الحكمين ، ويحضران لديه يقوم القاضي بحث الحكمين على إقناع كل زوج بفكرة الصلح، وتذكير الزوجين بإيجابيات الصلح ومآسي الطلاق على الأسرة وعلى الأطفال خاصة، تنبيهما بأن يستأنسا في مهمتهما بتوجيهات كل من له نفوذ أدبي كالأب والجد، وإرشادهما بالاستعانة بتوجيهات وآراء أهل الفضل والصلاح من

الأقارب، وكل من له تأثير على الزوجين، والوصول بينهما إلى تأثير على الزوجين للتوصل إلى الصلح ، والمطلوب من الحكمين أن يقوما بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين ، وتكون لهما نية وإرادة الاصلاح بين الزوجين، لقوله تعالى « **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا النساء 35** » وأن يجتهد ما أمكنهما ذلك لإقناع الزوجين بفكرة الصلح بكل الوسائل والطرق الممكنة.

وإذا نجح الحكمان في محاولة الصلح بين الزوجين أنجزا تقريرا، ورفعاه الى المحكمة التي تشهد على الصلح بينهما، كما يرفعان إليها تقريرا إليها إذا لم تكلل المحاولة بالنجاح، وعندئذ تواصل المحكمة الاجراءات، من تحديد المستحقات بعد البحث عن الوضعية المادية للزوج، والحالة الاجتماعية للزوجة والأطفال إن كانوا.

ب- تعيين مجلس العائلية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

يستعين القاضي بهذا المجلس في إصلاح ذات البين، طبقا للمادة 82 من مدونة الأسرة، المنظم بمقتضى مرسوم، ويتكون هذا المجلس من الأشخاص الآتية اسماؤهم:

- القاضي بصفته رئيسا.

- الأب والأم أو الوصي أو المقدم.

- اربعة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة، كما إذا كان أحد الزوجين يتيما ولا إخوة له، وليس له أصهار ولا أقارب وكذا بعض أفراد العائلية، أو كبر السن أو نقصان الأهلية، مما يتعذر معه تكوين المجلس مما ذكر كما يمكن – عند الاقتضاء– تغيير عضو من أعضائه، أو كلما كانت مصلحة في ذلك.

- ويمكن للقاضي صرف النظر عن استشارة هذا المجلس.

أما الكيفية العملية لقيام مجلس العائلية بمهمته، فإنه بعد فتح ملف للطلاق، وحضور الزوجين، وإجراء محاولة الصلح بينهما من طرف المحكمة وتعذر نجاحهما، فللمحكمة تعيين اعضاء مجلس العائلية إن كانوا حاضرين، أو بعد استدعائهم وتكلفهم بما يلي:

- البحث عن أسباب الخلاف بين الزوجين.
- محاولة إصلاح ذات البين بينهما.
- موافاة المجلس بنتيجة ما أنتهى له.
- تستمع المحكمة إلى أعضاء مجلس العائلة، قصد معرفة نتيجة المهمة التي كلفوا بها، ويدون كاتب الضبط نتائج أعمال المجلس التي تسفر إما، عن نجاح محاولة الصلح، أو عن فشل المحاولة، أو بالتنازل عن الطلب.

ج- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للقيام بمحاولة الصلح:

لتوسيع دائرة الآليات التي تساعد على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، خولت مدون الأسرة للمحكمة إمكانية تعيين كل من تراه مؤهلا للقيام بهذه المحاولة ، ويمكن لها الاستعانة بالآباء والأجداد لمالهم من نفوذ أدبي وتأثير على الابناء والأحفاد، وكذا الاستعانة بالمجالس العلمية لما لها من كفاءات في الإقناع بالمرجعية الدينية وإمكانية على ادارة الحوار، وفي هذا الصدد تم التنسيق بين وزارة العدل والمجلس العلمي الأعلى من أجل إصلاح ذات البين بين الزوجين عند وقوع خلاف بينهما حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها في ظل المودة والرحمة والوئام، وخصصت مكاتب داخل أقسام قضاء

الأسرة لرؤساء المجالس الجهوية لإجراء محاولة الصلح .

ومن التجارب الحديثة المعتمدة يمكن الاستعانة بالمساعدات الاجتماعيات وذلك لما لهذه الفئة من حس مهني أسري ، ومن تجربة في تقنيات التواصل في هذا المجال ، وللإشارة فقد بدأت فكرة الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية في بداية الامر في خمسة أقسام لقضاء الأسرة –الدار البيضاء– سلا – طنجة، بنسليمان، وانزكان، وعهد لها بعدة مهام في قضايا الأسرة تتعلق بزواج القاصر وسكن المحضون وصلة الرحم وكفالة الأطفال والعنف ضد المرأة ... وأبانت هذه التقرة عن دور رائد في مجال الصلح بين الزوجين وغير ذلك ، وتم تعميم هذه التقرة في باقي أقسام قضاء الأسرة بالمحاكم الابتدائية .

سابعا: العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في قضايا الأسرة:

نظرا لأهمية محاولة الصلح على مكونات الأسرة فان العمل القضائي كرس فلسفة المشرع المتمثلة في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين قبل إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق.

إن المجلس الأعلى « سابقا « في ظل مدونة الأحوال الشخصية، حرصا منه على تفعيل محاولة الصلح نقض الأحكام التي لم تجر فيها محاولة الصلح، معللا ذلك تارة بخرقها لحق من حقوق الدفا ع، وتارة بكونها غير مؤسسة، وتارة بمخالفتها للنظام العام، وأخرى بمخالفتها القانون والتشريع الداخلي، ومن هذه القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى القرار عدد 370 بتراخي 18/10/1978 قضية عدد 54 – 661 والذي جاء فيه:

« وحيث إن كلا من الفصلين 212 من ق م مو56 من مدونة الأحوال الشخصية يجعلان محاولة الصلح بين الزوجين إجراء أوليا يجب القيام به من طرف القاضي الذي عليه أن

يثبت الصلح أو عدمه أو عجزه عنه حسب الفصل 56 من المدونة، وأن الحكم المطعون فيه بعدم مراعاته لما ذكر يكون قد خرت حقا من حقوق الدفاع الذي حرص المشرع على أن يمارس من طرف القاضي لمصلحة الطرفين معا قبل الإجراءات العادية للتطليق، مما جعل الحكم المطعون فيه الذي أهمل هذا الإجراء الأساسي غير قائم على أساس.»

وجاء في قرار آخر تحت رقم 149 بتاريخ 16/6/1975 قضية عدد 47751 ما يلي:

« حيث إن مراعا مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 56 من المدونة هو من النظام العام يثار في سائل الأحوال.

وحيث إن المحكمة لما ثبت عندها الضرر كان عليها قبل اتخاذ أي إجراء آخر، أن تقوم بمسطرة محاولة الإصلاح بين الطرفين، وإذا لم تفعل فإنها أخلت بمقتضيات القانون، وجعلت حكمها معرضا للنقض «

وفي قرار آخر: عدد 24 بتاريخ 24 يناير 1976.

« حيث إن القاضي ملزم أساسا، وقبل الحكم بالتطليق، بمحاولة الصلح بين الزوجين، وإلا كان حكمه معرضا للنقض، لإخلاله بإجراء من الإجراءات التي فرضها القانون في دعوى التطليق «

وفي قرار آخر، اعتبر المجلس الأعلى التغاضي على إجراء التصالح مسا بحقوق الدفاع يبيح الطعن بالنقض، طبقا لأحكام الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية قرار 12 بتاريخ 1983).

كما اعتبر المجلس الأعلى في قرار آخر التصالح إجراء أوليا وجوهريا تفتح به مسطرة التطليق وجاء فيه: « وحيث تبين صدق ما نعته الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك

أن الطاعن تمسك بهذا الدفع أمام الدرجة الثانية، فأجابت عنه بأن هذا الإجراء لا يكون ضروريا إلا عند قيام الحجة على الضرر، في حين أنه سواء في ذلك مدونة الأحوال الشخصية، أو قانون المسطرة المدنية في الفصل 212، جعلا من محاولة الإصلاح بين الزوجين إجراءات جوهريا تفتح به مسطرة التطليق.

أما العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في ظل مدونة الأسرة فإن جل أقسام قضاء الأسرة تقوم بإجراء محاولة الصلح في غرفة المشورة كإجراء أولي خاصة عند تواجد الأطفال، ولعل هذا يرجع إلى الإلحاح والتأكيد على محاولة الصلح في المدونة أكثر منها في مدونة الأحوال الشخصية، حيث تم التنصيص عليها في هذه الأخيرة في التطليق للضرر فقط، في حين تم التنصيص عليها في مدونة الأسرة في الإذن بالتعدد، وفي الطلاق بكل أنواعه، والتطليق بكل أسبابه، باستثناء التطليق للغيبة، بل نصت على تكرارها عند وجـــود أطفال وأصبحت محاولة الصلح إجراءا أساسيا من الإجراءات المسطرية لا يمكن القفز عليها، التي تسبق الإذن بالإشهاد على الطلاق والحكم في دعاوي التطليق، خاصة وأن قانون المسطرة المدنية نص على إجراء محاولة الصلح في كل قضايا الأسرة الفصل 180، لذلك فإنه لا يوجد ملف يتعلق بالإذن بالإشهاد على الطلاق أو بالحكم بالتطليق لا يتضمن إجراء محاولة الصلح مما يدل على التفعيل الجيد وتحقيق غاية المشرع في الحفاظ على كيان الأسرة وتماسكها.

ثامنا الإحصائيات المسجلة بشأن الصلح:

من خلال الإحصائيات التي سنعرض أرقامها ونسبها يتبين أن القضاء الأسري يبذل جهدا كبيرا في محاولة الصلح، ويكررها عند وجود أطفال، من أجل الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها، حيث تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن

ثلاثين يوما، سواء في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق، أو في دعاوي التطليق، وهذا ما يبدو بتفصيل في الفقرتين التاليتان:

الفقرة الاولى: الإحصائيات في الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق.

الفقرة الثانية: الإحصائيات في الصلح في دعاوي التطليق.

الفقرة الأولى: الإحصائيات في الصلح في طلبات الإذن بالشهاد على الطلاق

شكلت حالات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق نسبة مهمة خلال الفترة الأولى لتطبيق مدونة الأسرة والممتدة بين سنة 2006 و2010 ويتجلى هذا فيما يلي:

- سجلت خلال سنة 2006. 6693 حالة.
- سنة 2007 سجلت 8512 حالة.
- سنة 2008 سجلت 7545 حالة.
- سنة 2009 سجلت 6818 حالة.
- سنة 2010 سجلت 6121 حالة.

وهكذا بلغت نسبة الصلح سنة 2009 ما يقارب 21 % وسنة 2008 ما يقارب 22 % من مجموع المحكوم

كما بلغت إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق من سنة 2018 إلى سنة 2021 حسب وضعية الزوجين وبحسب نوع الوسيلة التي تم بها الصلح النسبة التالية حسب الجدول التالي:

إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق من سنة 2018 الى سنة 2021

حسب وضعية الزوجين

السنة	الزوجان بدون أولاد	الزوجان لهما أولاد	المجموع
2018	3816	3796	7612
2019	3224	3641	6865
2020	3210	2708	5918
2021	3489	3548	7037

حسب نوع الوسيلة

بواسطة المحكمة مباشرة	بواسطة الحكمين	بواسطة مجلس العائلية	بواسطة وسيلة اخرى	المجموع
2752	1052	392	3416	7612
2629	669	473	3094	6865
2000	543	560	2815	5918
2252	632	327	3826	7037

الفقرة الثانية: الإحصائيات في الصلح في دعاوى التطليق

من خلال الإحصائيات المسجلة في الصلح في دعاوي التطليق يتبين أن عدد الأحكام الصادرة بالإشهاد على الصلح في دعاوي التطليق عرفت تصاعدا ملحوظا، فخلال سنتي 2005 – 2006 تمثل هذه الأحكام نسبة 31,21 % من مجموع أحكام التطليق وخلال سنة

2008 بلغ العدد 7612 حكما، وخلال سنة 2009 – 10076 حكما أي بنسبة 17,70 % من مجموع أحكام هذه السنة وخلال سنة 2010 سجل8322 حكما.

استنتاج:

يستنتج من خلال هذه الإحصائيات المسجلة أن القضاء يبذل جهدا كبيرا في محاولة الصلح من أجل إصلاح ذات البين بين الزوجين ، وكما أن الحصيلة المسجلة تعتبر إيجابية ، وأنه من خلال آليات التوفيق ولإصلاح ذات البين بين الزوجين ، استطاعت المحكمة أن ترفع مردودية محاولة الصلح بالشكل المذكور ، كما أنه من خلال الاستراتيجية المرسومة والاوراش المفتوحة لمرفق العدالة المتمثلة في تطوير مسطرة الصلح عن طريق العلوم الحديثة تتمثل في حقوق الانسان وتقنيات الوساطة ، ومقاربة النوع ، وعلم النفس وعلم الاجتماع ، وتقنيات التواصل ، وغيره من العلوم ذات الصلة بالموضوع ، والمساعدات الاجتماعيات وغيرهم .

تاسعا: مقارنة بين محاولة الصلح والوساطة:

من المعلوم أن كلا من الصلح والوساطة الأسرية يهدفان إلى إنهاء الخلاف بين الزوجين إلا أن هناك قواسم تجمعهما وفوارق بينهما لا بد من التطرق لهما بإيجاز.

محاولة الصلح والوساطة:

إن كلا من محاولة الصلح والوساطة يهدفان إلى تسوية الأوضاع بين الزوجين، إلا أن هذه التسوية تكون في مسطرة الصلح غالبا قبل إنهاء العلاقة الزوجية، في حين أن التسوية في الوساطة الأسرية تكون قبل إنهاء العلاقة الزوجية، حيث تمتد إلى تسوية الوضعية حول النفقة، وصلة الرحم .... إلخ.

مما يستفاد معه أن الحل الودي في الوساطة أشمل من محاولة الصلح، كما أن القائم بمحاولة الصلح يقوم بها القاضي، المحكمة، ويستعين إما بحكمين، أو بمجلس العائلة، أو من يراه مؤهلا للقيام بهذه المحاولة، أما الوساطة فيقوم بها أصلا الوسيط وحده، أو عنده وسطاء، ويقدم الوسيط نفسه للطرفين، ويبين مدى كفاءته في الوساطة ومدة تجربته فيها وغير ذلك.

في حين أن القاضي أو المحكمة تعلم الأطراف بالمثول أمامها ، أوأما قاضي الصلح لإجراء محاولة الصلح معهما، كما أن المكان يعبر عنه في الصلح بغرفة المشورة، طبقا لأحكام المادة 82 من مدونة الأسرة ، وفي الوساطة يسمى بقاعة الوساطة، وفي الصلح يدخل مع الزوجين الحكمين وغيرهما ومجلس العائلية ، وكذا الدفاع، أما في الوساطة فيدخل الطرفان فقط، واستثناء يرخص للمحامين عند موافقة الطرفين، وفي كل من محاولة الصلح والوساطة يتم التأكيد على السرية والكتمان ، كما أن في مسطرة الصلح تجري المحاولة في جلسة واحدة على الأقل، وخاصة بالنسبة للطلاق الاتفاقي، أو الطلاق قبل البناء، وتقوم المحكمة بمحاولتين للصلح عند وجود أطفال، أما في الوساطة فعدد الجلسات غير محدد، وفي مسطرة محاولة الصلح تبت الهيئة التي قامت بالمحاولة عند عدم نجاحها، وذلك بمواصلة الإجراءات في الملف بتحديد المستحقات، والإذن بالإيداع بصندوق المحكمة قبل الإذن بالإشهاد على الطلاق، وإصدار المقرر القضائي المنصوص عليه في المادة 88 المدونة، وهذا بخلاف الوساطة فعند عدم نجاح مهمة الوسيط فتبت في الملف هيئة أخرى، وفي تحديد المستحقات فإن المحكمة هي التي تحدد المستحقات قبل الإذن بالطلاق، أو الحكم بالتطليق وفي الوساطة فكل التحديدات للمبالغ والحلول الودية تكون من الطرفين.

عاشرا: استنتاجات واقتراحات

استنادا إلى ما تم عرضه في كيفية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، ومن أجل مقارنتها مع الوساطة الأسرية، يستنتج ما يلي:

- الصلح والوساطة يهدفان إلى التسوية بطريقة ودية بين الطرفين.
- تصريحات الطرفين في مسطرة الصلح تطبعها الحيطة والحذر، خشية ترتيب الآثار عليها عند فشل المحاولة، وتحديد المستحقات، على خلاف تصريحاتهما في الوساطة.
- المؤثرات في مسطرة الصلح متنوعة ومتعددة أكثر من التي تستعمل في الوساطة.

من مميزات الوساطة الأسرية أنها اختيارية وطواعية، وتباشر من طرف جهة محايدة ومستقلة ليس لها فرض القرار على الأطراف، ولها طابع قضائي ولو مارسها قاضي، فهي بعيدة عن إجراءات وطقوس التقاضي، كما تتميز بأن طرفي النزاع هما اللذان يصنعان الحل في مناخ من التفاوض والحوار والوئام مما يسهل عملية التنفيذ.

من مزايا الوساطة كذلك تحقيق السرعة والفعالية والمرونة في تصريف القضايا والاقتصاد في كلفة التقاضي.

ومن أوجه الالتقاء مع الصلح أن كلاهما من الوسائل البديلة للتقاضي الرسمي، وتحقق نفس المزايا والأهداف وتجوز في كل ما يجوز فيه الصلح، أما أوجه الاختلاف فالوساطة وسيلة في حد ذاتها، أما الصلح فهو غاية بطبيعته، ولا يحتج بما راج أمام الوسيط، وأن الصلح يمارس بالضرورة من طرف القاضي.

وسعيا إلى تحسين وتطوير محاولة الصلح والارتقاء بأدائها نحو الأحسن يقترح ما يلي:

- التمسك بمسطرة الصلح مع ضرورة الأخذ بالوسائل والأساليب الحديثة لتطويرها.

- تفعيل الوساطة الأسرية بكل آلياتها وتقنياتها في مسطرة الصلح.

- إشراك كل الفاعلين المؤهلين للقيام بمحاولة الصلح، مع التركيز على بعض المؤسسات الفاعلة في هذا المجال الأسري.

- التوعية والتحسيس بثقافة التصالح والوساطة.

- التفكير في إسناد مهمة القيام بالصلح لقاضي غير القاضي المشارك في إصدار الحكم، فإسناد الصلح لقاضي ذو اختصاص مزدوج يؤدي إلى نتائج تنبئ بالفشل، ويجعله يكتفي بالإشارة إلى إجراءات الصلح كإجراء مسطري شكلي ليس إلا تقتضيها المدونة.

- ضرورة التفعيل الجيد والأمثل للمؤسسات المرصدة لمحاولة الصلح.

- تفعيل دور الوساطة القبلية وضرورة إلزاميتها.

IV. المصالحة الجنائية في القانون المغربي

من إعداد محمد الشلي
دكتور في الحقوق

مقدمة

يعتبر الصلح[1] مؤسسة مدنية بامتياز، حيث أقرته مختلف التشريعات على مر العصور، وهو ما لم يكن يثير أي إشكال من حيث المبدأ، بل على العكس كان وما يزال أمرا مرغوبا ومحببا، ما دام يقع على الحقوق الخاصة للأفراد.

أما بالنسبة للمادة الجنائية فإن الأمر لم يكن بهذه الطريقة السلسة، ويرجع ذلك إلى طبيعة القواعد الزجرية التي ترتبط أساسا بحق وسلطة الدولة في العقاب، والتي تهدف إلى حماية أمن واستقرار الجماعة مما تخلفه الجريمة من اضطراب اجتماعي. لذا كانت القاعدة العامة وما تزال هي عدم إمكانية التصرف في الدعوى العمومية بعد إثارتها، حتى ولو تعلق الأمر بالنيابة العامة ممثلة المجتمع والمدافعة عن حقوقه[2].

غير أنه، وتحت تأثير مستجدات العصر الحديث، وتطور الفكر الجنائي الناتج عن ضغط الواقع واحتياجاته، سعت مجموعة من الأنظمة التي كانت تعارض إمكانية التصرف في الدعوى العمومية أو التصالح بشأن جرائم الحق العام، إلى التخفيف من غلواء مبدأ «عدم إمكانية التصرف في الدعوى العمومية»، وأصبحت تجيز المصالحة حتى عندما يتعلق

(1) لغة : الصلح : الصلاح : ضد الفساد... وأصلح الشيء بعد فساده : أي أقامه، وأصلح الدابة : أحسن إليها فصلحت ...
والصلح : تصالح القوم بينهم، والصلح : السلم، وقد اصطلحوا، وصالحوا، وأصلحوا، وتصالحوا واصالحوا (...).
والصلاح بكسر الصاد : مصدر المصالحة (...) وأصلح ما بينهم وصالحهم مصالحة وصلاحا (...).
أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور : «لسان العرب» المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، السنة بدون، ص 516.

(2) بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها تميز بين جرائم الحدود، التي تعتبر حقا لله تعالى، ولا يجوز التصالح بشأنها أو العفو عنها، وجرائم القصاص والتعازير، والتي يجوز التصالح بشأنها على اعتبار أنها من حقوق العباد. للمزيد من التوسع يمكن الرجوع إلى:
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (الجزء الأول) مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.
- عبد الرحمان عبد الله بن صالح الدباسي، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية، دار الوراق، بيروت، الطبعة الأولى 2004.

الأمر بهذه الجرائم، معتبرة أن الدعوى العمومية قد تنقضي برضا وتوافق إرادتي أطراف خاصة، وهي ما أصبحت تسمى ببدائل الزجر الجنائي أو بدائل الدعوى العمومية.

والمشرع المغربي وإن كان قد أقر المبدأ العام والذي هو عدم جواز التصرف في الدعوى العمومية بعد إثارتها، إلا أنه قد نص ومنذ أمد بعيد على مسطرة الصلح في صلب قوانين جنائية خاصة، وأكد على ذلك في كل من مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، وجعلها جائزة إذا نصت على ذلك قوانين خاصة.

فما هو مفهوم المصالحة الجنائية في القانون المغربي، وما هي مبررات التنصيص عليها، وما هي مجالاتها، وما هي الآثار التي رتبها المشرع على إبرامها؟

سيتم الجواب على هاته الأسئلة عبر تقسيم هذا المقال إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية المصالحة الجنائية ومبرراتها.

الفصل الثاني: مجال المصالحة الجنائية وآثارها.

الفصل الأول: ماهية المصالحة الجنائية ومبرراتها:

اكتفى المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي[1]، والمسطرة الجنائية[2] بالتنصيص على جواز إبرام المصالحة الجنائية إذا نصت على ذلك قوانين خاصة، وبالرجوع إلى هذه القوانين الخاصة يلاحظ أنها تنص على جواز إبرامها دون أن تتولى تعريفها أو تحديد طبيعتها القانونية، أو التطرق لمبررات اعتمادها وإقرارها.

(1) ينص الفصل من مجموعة القانون الجنائي المغربي على المصالحة من أسباب انقضاء العقوبة .
- ينص الفصل 93 من . مجموعة القانون الجنائي المغربي على المصالحة كسبب من أسباب انقضاء التدابير الوقاية .
(2) - تنص المادة 3 قانون المسطرة الجنائية على المصالحة كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية .

لذا ومن أجل الإحاطة بهذه المؤسسة، لا بد من تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية، وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها، ثم العمل بعد ذلك على إبراز أهم مبررات اعتمادها، وهذا ما سيتم التطرق إليه في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية.

المبحث الثاني: تمييز المصالحة الجنائية عن بعض الأنظمة المشابهة لها.

المبحث الثالث: مبررات المصالحة الجنائية.

المبحث الأول: تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية

تختلف التعاريف المعطاة للمصالحة الجنائية تبعا لاختلاف موقف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية، أي أن التعريف غالبا ما يكون منسجما مع المنحى الذي نحاه الباحث أو الدارس في تحديده لطبيعتها القانونية ومدى تغليبه لأحد الجوانب التي تجد مرتعها في صلب هاته المؤسسة، سواء بتغليبه الجانب المدني أو الإداري أو الزجري أو محاولة الجمع بين كل هاته الجوانب.

وتجدر الإشارة إلى أن غالبية الآراء الفقهية في هذا الشأن لم تعمد إلى إعطاء تعريف شامل للمصالحة الجنائية، وإنما كانت تتطرق للمصالحة المتعلقة بفرع معين من الفروع التي أجاز المشرع التصالح بشأنها، وتلحقها بمؤسسة قانونية قائمة.

وقبل أن نعمل على صياغة تعريف شامل للمصالحة الجنائية، سنتطرق لأهم التعاريف التي أعطيت للمصالحة الجنائية والتي ركزت إما على طبيعتها المدنية أو الزجرية أو الإدارية، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: مختلف الاتجاهات المتعلقة بتعريف المصالحة الجنائية.

المطلب الثاني: التعريف المقترح للمصالحة وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول: مختلف الاتجاهات المتعلقة بتعريف المصالحة الجنائية

ذهب الفقه إلى اتجاهات متعددة بشأن تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية، وركز كل اتجاه على جانب من جوانب هذه المؤسسة باعتبارها مؤسسة رضائية تمس الجانب الجنائي وتبرمها إدارة عمومية، ومن أجل التطرق لأهم هذه الاتجاهات سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة بنود:

- التعاريف التي ركزت على الطبيعة المدنية للمصالحة الجنائية.
- التعاريف التي ركزت على الطبيعة الزجرية للمصالحة الجنائية.
- التعاريف التي ركزت على الطبيعة الإدارية للمصالحة الجنائية.

البند الأول: التعاريف التي ركزت على الطبيعة المدنية للمصالحة الجنائية:

ذهبت بعض الآراء إلى إضفاء الطبيعة المدنية على المصالحة الجنائية باعتبارها «عقدا مدنيا»، فقد مدد فرانسوا بول بلان التعريف الوارد في قانون الالتزامات والعقود المغربي لعقد الصلح المدني[1] على المصالحة الجنائية فهي: «عقد بمقتضاه يحسم طرفاه (الإدارة والظنين) نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه مقابل تنازل كل منهما للآخر عن جزء من مطالبه»[2]،

(1) عرفت المادة 1098 من قانون الالتزامات والعقود المغربي عقد الصلح المدني بكونه «عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا معينا أو حقا».

(2) François Paul Blanc : "Droit pénal Marocain » Sochpress, Casablanca 1984, p 151.

وقدساير في ذلك العديد من الفقه المغربي والمقارن الذين يركزون على الطابع الرضائي التعاقدي للمصالحة الجنائية[1].

وهذا الرأي إن كان يجد بعض تبريراته في كون المصالحة الجنائية تخضع في بعض مقتضياتها لمبادئ القانون المدني خاصة فيما يتعلق بأسباب البطلان والآثار، كما يتوفر طرفاها على هامش رضائي يخولهما قبول أو رفض إبرامها، إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وإلا لما كان المشرع قد نص على هاته المؤسسة في صلب القانون الجنائي (مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية)، ولكان اكتفى بالإحالة على مبادئ القانون المدني المنظمة لعقد الصلح المدني. كما أن المصالحة الجنائية التي يجب أن لا يتوسع في تفسير أحكامها لأنها استثناء من المبادئ العامة تنصرف آثارها «إلى مجال محرم ومحضور على عقد الصلح المدني ألا وهو الدعوى العمومية»[2] حيث تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية بصريح تنصيص المشرع على ذلك (المادة 3 الفقرة 2 من قانون المسطرة الجنائية) عكس عقد الصلح المدني الذي لا تنصب آثاره حتى في حالة الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الزجري إلا على الحقوق الخاصة للأفراد دون أن تؤثر على الدعوى العمومية وذلك بصريح تنصيص المشرع على ذلك (المادة 13 قانون المسطرة الجنائية).

---

(1) - حفيظي الشرقي : «حول الطبيعة القانونية للمحاضر في القانون الجنائي الجمركي : دراسة لبعض التحولات التقنية للقانون الجنائي»، أطروحة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1991، مطبوع على الآلة الكاتبة، ص 392.
- مجدي محب حافظ : «جريمة التهريب الجمركي»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1992، ص 226.
- أمين مصطفى محمد، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 87، رقم 60.
- نبيل لوقبباوى، الجرائم الجمركية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 495 و 500.
- نبيل لوقبباوى، جرائم تهريب النقد بين القانون والواقع، دكتوراة في القانون الجنائي، دار الشعب، القاهرة، 1993، ص 239 و 257.
- مصطفى رضوان، التهريب الجمركي والنقدي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1970، ص 139.
- Raymond Gassin : “Transaction” Encyclopédie Dalloz pénal V, page 4.
- Causse Louis Mery François, La transaction en matière pénale, Thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit de Toulouse, 13 juillet 1945, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1945, p 35
- Ekeu Jean- Paul, Consensualisme et poursuite en droit pénale comparé, Cujas, Paris, 1993, p184, n° 371
- Jean Jaques Bienvenu : “Transaction” Encyclopédie Dalloz, contentieux administratifs, tome II, page 1

(2) Raymond Gassin : « Transaction » Encyclopédie Dalloz pénal V.

البند الثاني: التعاريف التي ركزت على الطبيعة الزجرية للمصالحة الجنائية:

بالنسبة للتعاريف التي تركز على الجانب الزجري، يلاحظ أن هناك من يعتبرها عقوبة جنائية، وهناك من يضفي عليها وصف عقد جنائي؛ وهذا ما يتم التطرق إليه في عنصرين:

- المصالحة الجنائية عقوبة.
- المصالحة الجنائية عقدا جنائيا.

أولا: المصالحة الجنائية عقوبة:

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى وسْم المصالحة الجنائية بكونها عقوبة بمعناها الضيق، وخاصة في المجالات التي يغلب فيها طابع النظام العام على طابع التعويض، كالجرائم الاقتصادية (حماية المستهلك)، فهي عقوبة بالمعنى الضيق للكلمة، قررها القانون لزجر مخالفات التشريع الاقتصادي، وتترتب عليها نفس آثار العقوبة، وتؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية تبعا لمبدأ عدم جواز معاقبة شخص على جرم واحد مرتين، كما أنها انطلاقا من طبيعتها تخرج عن اختصاص القضاء الإداري[1]، فهي «عقوبة جنائية ذات طبيعة مالية[2].

ونفس الشيء ذهب إليه فقهاء آخرون[3] بخصوص المصالحة في مادة مخالفة قوانين السير والمرور، فهي «عقوبة بالمعنى الضيق للكلمة»، وبصورة أدق «غرامة جنائية»، كما أنها

(1) Arrêt Andrieu, cour de cassation, chambre crim, 19 Février 1964, note Mazard jean, recueil Dalloz 1964, p 378.
- Henry Max, Transaction économique et action civile: à la recherche d'une conciliation, Revue des sciences Criminelles, 1981, p 294

(2) Dellis (G), Droit pénale et droit administratif, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997, p 409.

(3) Syr Jean Herve: La nature de la transaction économique, Juris- classeurs périodiques, 1969, Doctrine, 2280.
- Michelle Laure - Rassat : « Procédure pénale » Presse Universitaire de France, Paris 1990, 413
- Arrêt Andrieu, cour de cassation, chambre crim, 19 Février 1964, note Mazard jean, Recueil Dalloz Sirey,1964, p 378.
- Henry Max, Transaction économique et action civile: à la recherche d'une conciliation, Revue des sciences Criminelles, 1981, p 294.

«وسيلة تتوصل الدولة بواسطتها إلى ممارسة سلطة العقاب بغير طريق الدعوى الجنائية»[1].

وبالرغم من وجود بعض نقط الالتقاء بين المصالحة الجنائية وبين العقوبة خصوصا عقوبة الغرامة، لا سيما فيما يتعلق بمبدأ الشرعية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وأنه لا مصالحة جنائية إلا بنص خاص يبيح ذلك، كما أن أيلولة عوض المصالحة في بعض المجالات إلى خزينة الدولة قد يجعلها متطابقة مع عقوبة الغرامة، إلا أن هناك مجموعة من الاختلافات تباعد بين المؤسستين، وتجعل من غير المستساغ اعتبار المصالحة الجنائية عقوبة، وتتجلى أهم هذه الاختلافات في الآتي:

1 – من أهم خصائص العقوبة كونها قضائية[2]، فالدولة ليس لها أن تلجأ إلى اقتضاء حقها في العقاب مباشرة، أو أن تلجأ إلى تنفيذه ضد مرتكب الجريمة حتى لو اعترف بارتكابها اعترافا يمكن الجزم معه بإدانته لو عرض أمره على القضاء، بل حتى ولو رضي الجاني بتنفيذها فيه مباشرة، فليس من حق الدولة رغم هذا كله أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر للعقوبة وإنما عليها أن تسعى لاستصدار حكم قضائي بات من المحكمة المختصة يحدد العقوبة التي يخضع لها مرتكب الجريمة تحديدا يتعلق بالكم والكيف معا، «فلا عقوبة بدون حكم»[3]، أما بخصوص المصالحة الجنائية فإنها مسطرة إدارية بحتة تبرم وتنفذ خارج مراقبة القضاء.

2 – إن فكرة العقوبة تتناقض مع الهامش الرضائي المخول للظنين في قبول إبرام المصالحة أو رفضها[4]، فالمخالف المعاقب ليس له خيار في خضوعه للعقوبة أو عدم

---

(1) عزت الدسوقي : «قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق»، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 86.

(2) Mohiedine Amzazi : « Précis de droit criminel », imprimerie Al maarif Al Jadida, Rabat, 1er édition 1994, p 5 et p 14.

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي : «حق الدولة في العقاب : نشأته، واقتضاؤه»، دار البحريني (إخوان) بيروت، 1971، ص24.

(4) Charles Baille : « La perception de l'amende par l'agent verbalisateur » thèse doctorat en droit, université de Dijon, Besançon, imprimerie de l'Est, 1929 p 106.

- Dupré Jean- François : La transaction en matière pénale, Librairies techniques, Libraire de la cour de cassation, Paris, 1977. p 180.

خضوعه لها، سواء تعلق الأمر بالحبس أو الغرامة، لأن ذلك من صميم اختصاص القضاء.

3 – يرتبط مبدأ المساواة ارتباطا وثيقا بمبدأ الشرعية المميز للعقوبة، وهذا ما لا نجد تجسيدا له في المصالحة الجنائية، فقد خول المشرع للإدارة المختصة سلطة تقديرية في إبرام المصالحة أو عدم إبرامها دونما اهتداء بقواعد موضوعية مضبوطة مما يشكل خرقا لمبدأ المساواة. كما يتجلى هذا الخرق كذلك في عدم ترتيب آثار العقوبة على المصالحة (فهي لا تحتسب في العود، ولا تسجل في سجل السوابق) فيكون الظنين المتصالح في وضعية أفضل من الذي قررت الإدارة بسلطتها التقديرية إحالة ملفه على المحكمة، وهذا ما لا يحقق مجموعة من أهداف العقوبة كالردع العام مثلا.

4 – كما أن مبدأ شخصية العقوبة لا يجد تطبيقاته الكاملة بخصوص المصالحة الجنائية فنجدها تمتد إلى أشخاص آخرين غير المخالف حيث يتم توسيع مفهوم المساهم والمشارك إضافة إلى أشخاص آخرين (رب العمل، الزوج، الأب، المسؤول المدني، الورثة...).

وبصفة عامة، فإن المصالحة لا تعتبر عقوبة لأنها تحل محلها وتؤدي إلى سقوطها.

ثانيا: المصالحة الجنائية عقد جنائي:

ذهبت بعض الآراء في الفقه المصري إلى اعتبار المصالحة عقدا جنائيا؛ ذلك أن «الذاتية الخاصة للصلح الجنائي من حيث كونه إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق تحكمه فكرة القواعد الآمرة هي التي توجب أن يوصف - تأكيدا لهذه الذاتية- بأنه عقد جنائي وليس عقدا مدنيا أو إداريا»[1]. فهذا الرأي يعطي للمصالحة ذاتية خاصة، تجمع بين خصائص العمل القانوني الذي تتجه فيه الإرادة إلى الفعل بينما يتكفل القانون بتنظيم

(1) نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 190 .

آثاره، والتصرف القانوني الذي تتجه في الإرادة إلى الفعل وآثاره معا. فالمصالحة «عقد من حيث شكله ومظهره، ثم هو جنائي بما يتضمن من توقيع جزاء جنائي، وما يكفله من أثر منه للدعوى الجنائية»[1].

وذهب رأي الفقه الفرنسي في نفس الاتجاه، حيث اعتبر المصالحة الجنائية «عقد جنائي تعويضي، وأن هذا الوصف هو الكفيل لوحده بتفسير وتبرير العنصر المميز للمصالحة الجنائية ألا وهو الرضائية، إذ أن محل هذا العقد هو أداء مبلغ من المال بهدف جبر الضرر الذي أصاب المجتمع، وذلك من أجل تفادي المتابعات القضائية. كما أنه الكفيل بتفادي الانتقادات الموجهة إلى الرأي الذي يضفي على المصالحة صبغة جزاء»[2].

وقد تعرض هذا التوجه لبعض الانتقادات، على اعتبار أن «فكرة العقد الجنائي ما تزال غريبة وغير مألوفة في المنظومة القانونية»[3]. بالإضافة إلى «وجود بَوْن شاسع بين التصالح الجنائي والمفهوم التعاقدي، وهي تفتقد للأساس القانوني، فلا تزال الأنظمة القانونية تجهل مفهوم العقد الجنائي»[4].

وتستند هذه الانتقادات على أن مفهوم العقد الجنائي غير مألوف في المنظومة القانونية، وأنه يفتقد للأساس القانوني، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن هذا المفهوم ،أي مفهوم العقد الجنائي، قد يجد سنده في التعديلات الأخيرة التي عرفتها جل التشريعات، ومن بينها التشريعين المغربي والمصري، والتي تم بمقتضاها إدخال الصلح في صلب المادة الجنائية، وتم التنصيص عليه في المسطرة الجنائية بشأن المخالفات والجنح المتعلقة بالنظام العام؛ فالصلح الوارد في قانون المسطرة الجنائية إنما هو عقد بين الجاني والمجني

(1) أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته والنظم المرتبطة به. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 86.

(2) Dobkine Michel, La transaction en matière pénale, Recueil Dalloz Sirey , 1994.chronique, p139.

(3) Volf .J., Un coup pour rien, l'injonction pénale et le conseil constitutionnel, Recueil Dalloz Sirey, 1995, chronique, p 201.

(4) محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 104- 105

عليه، يتنازل هذا الأخير بمقتضاه عن إثارة المتابعات القضائية، ويتعلق بجرائم جنائية بحتة. لذا يمكن القول إن مفهوم العقد الجنائي موجود في التشريع الزجري.

إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هو هل يمكن تطبيق هذا المفهوم على المصالحة الجنائية، مع ما تتميز به مجالاتها من خصوصيات في ميدان التجريم والعقاب، ويلاحظ في هذا الشأن، أنDobkine الذي يعتبر المصالحة الجنائية عقدا جنائيا، قد استبعد المصالحة الجمركية والجبائية من مجالات المصالحة الجنائية بالمدلول الدقيق للكلمة، على اعتبار أن هذه الجرائم تتعلق بأفعال تمس بمالية الدولة، أكثر من مساسها بالنظام العام الاجتماعي؛ «فالمصالحة لا تعتبر جنائية إلا إذا تمثلت في أداء مبلغ من المال بسبب ارتكاب جريمة من جرائم الحق العام، ولا يدخل ضمن نطاقها المصالحة بشأن الجرائم التي لها طبيعة مختلطة»[1].

ويبقى هذا الرأي في جميع الأحوال، جدير بالاهتمام، ما دام قد حاول المزاوجة بين الطبيعة الجنائية للمصالحة والذي يتمثل أساسا في محلها وآثارها، وبين طبيعتها الرضائية القائمة على توافق إرادتي طرفيها، ولا ينتقص منه كونه مفهوما غريبا وغير مألوف في المنظومة القانونية، فهو يجد أساسه وسنده في (الصلح الجنائي بين الخصوم) المنصوص عليه في قانون المسطرة الجنائية، والذي يعتبر عقدا أو اتفاقا بين الجاني والمجني عليه من أجل إيقاف المتابعات القضائية قبل إثارة الدعوى العمومية وبعد موافقة النيابة العامة.

غير أن ما يمكن أن يواجه به هذا الرأي هو أن الاتفاق في العقود بصفة عامة ينصب على مصالح وحقوق خاصة بالطرفين، عكس المصالحة الجنائية التي تبرمها جهة عامة، وتتعلق بجرائم تمس النظام العام بمفهومه الاقتصادي أو المالي أو البيئي.

(1) Dobkine Michel, La transaction en matière pénale, op. cit., p 138.

البند الثالث: التعاريف التي ركزت على الطبيعة الإدارية للمصالحة الجنائية:

من أهم مميزات المصالحة الجنائية وجود شخص معنوي عام كطرف فيها، وهذا ما يضفي عليها طابعا إداريا ينبع أساسا من الوضعية الممتازة التي تحظى بها الإدارة وما تمتلكه من آليات تمكنها من ضبط وتوجيه مسار هاته «المؤسسة»، وهاته الوضعية هي التي دفعت مجموعة من الآراء إلى إعطاء تعريف للمصالحة يغلب الطابع الإداري لهاته المؤسسة.

فنجد Syr يعرف المصالحة بخصوص الجرائم الاقتصادية بفرنسا بأنها «غرامة إدارية تصالحية، وتصنف ضمن مساطر الزجر دون محاكمة»[1].

بينما ذهب Dupré إلى إعطاء تعريف مشابه وموسع يشمل المصالحة الجنائية بصفة عامة فاعتبر بأنها «غرامة ذات طبيعة إدارية تمكن الظنين من تفادي محاكمة قضائية أو تفادي تطبيق عقوبة في حقه، ومقدارها محدد بواسطة قرار –وثيقة الصلح- صادر بنفس طريقة العقود الإدارية، وتتضمن شروطا غالبا ما يذعن لها الظنين مخافة اتباع المسطرة القضائية أو تطبيق العقوبة عليه في حالة صدور حكم بات في النزاع»[2]، وبذلك فقد اعتبرها «وسيلة إدارية ملزمة لطرفيها»[3]، وسانده في هذا الرأي كل من ميرل وفيتي، وإن كانوا قد قصروا هذا الوصف Moyen Administratif على المصالحة قبل النطق بالحكم النهائي[4].

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريف المصالحة الجنائية بكونها عقدا إداريا[5].

كما عرف Philipe Souleau المصالحة الاقتصادية –الفرنسية- بأنها: «قرار إداري تقترح

---

(1) J.H Syr : Op. Cit.

(2) Dupré : op. Cit. p 193.

(3) Dupré: op. cit. p 195.

(4) Roger Merle et André Vitu : « Traite de droit criminel », édition Cujas, paris, 3éme édition 1979, p 75.

(5) مدحت عبد الحليم رمضان «الفصل بين سلطة الاتهام والمحاكمة في المادة الجنائية»، رسالة دكتوراة جامعة نيس، 1985، ص 380.

- Marie- Thérèse Calais- Auloy, La dépénalisation en droit des affaires, Recueil Dalloz Sirey, 1988, chronique, p 319.

بواسطته الإدارة على الظنين تنازلها عن متابعته قضائيا مقابل اعترافه بالمخالفة والتزامه بأداء عوض مالي»[1].

وإذا كان هذا التعريف قد اعتبر المصالحة «قرارا إداريا» بإطلاق اللفظ، فإن هناك من خصصه في القرار الإداري الفردي دون التنظيمي على اعتبار أن «الإدارة تهدف عن طريق المصالحة تحقيق المصلحة العامة استنادا على تطابق محل المصالحة مع فكرة المرفق العام الذي تديره وتسيره والذي يعتبر الحفاظ عليه وحسن إدارته هو سبب وجودها»[2].

لكن الملاحظ هو أن حق المصالحة المخول لبعض الإدارات يختلف عن العقود الإدارية، ذلك أن محل العقد الإداري، الذي يرمي إلى إشباع الحاجات العامة، لا ينصب على الدعوى العمومية أو على العقوبات المالية الزجرية[3].

كما تختلف المصالحة الجنائية عن القرارات الإدارية إذ تتميز بهامش رضائي كبير مكفول للمتصالح، فبالرغم من أن الإدارة توجد في مركز قانوني قوي وغالبا ما يذعن المتصالح لشروطها فإن له حرية قبول إبرام المصالحة أو رفضها، أما القرار الإداري فإنه ينتج آثاره بالإرادة المنفردة للإدارة دونما حاجة إلى رضاء المشمول بأحكامه، بالإضافة إلى أنه لا يمتد إلى الدعوى العمومية أو العقوبة.

المطلب الثاني: التعريف المقترح للمصالحة وطبيعتها القانونية

التعريف المقترح للمصالحة الجنائية:

انطلاقا مما سبق، سيتم إعطاء مقاربة تعريف للمصالحة الجنائية، فهي: «إجراء إداري زجري تبرمه الإدارة المختصة مع الظنين الذي يلتزم بأداء جزاء تصالحي مقابل السقوط

(1) Philipe Souleau : «Infractions économiques » Encyclopédie Dalloz pénale 1989, p 5.
(2) App. Corr. Nîmes, 6 Juin 1958, note : H. Gal, Juris classeur périodique, 1959 II, 11185.
(3) Dupré : Op. Cit. P 186.

الكلي أو الجزئي لحق الدولة في العقاب».

وقد تمت صياغة هذا التعريف اعتقادا بأنه يشمل جل عناصر وخصائص المصالحة الجنائية والتي يمكن حصرها فيما يأتي:

الخاصية الأولى : الطابع الإداري- الزجري للمصالحة الجنائية:

تصنف المصالحة ضمن الإجراءات التي تقوم بها بعض الإدارات التي خولها القانون ذلك، بغرض فض مجموعة من النزاعات المتعلقة بالمجال المناط بها حمايته، فهي تصنف ضمن الممارسات الإدارية الزجرية، لذا تم استعمال عبارة (إجراء إداري زجري)،

كما يوضح هذا التعريف الطابع الزجري للمصالحة الذي يتجلى في استعمال عبارة : «سقوط حق الدولة في العقاب كلا أو جزءا» فهي تؤدي إلى سقوط حق الدولة في العقاب؛ فإذا تم إبرام المصالحة قبل المتابعة - في بعض المجالات- أو قبل النطق بالحكم النهائي - في المجالات الأخرى- فإنها تؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية بما في ذلك الجزاءات المالية والحبسية (سقوط حق الدولة في العقاب كلا)، أما في حالة إبرام المصالحة بعد النطق بالحكم النهائي في المجالات التي تجيز ذلك فإنها لا تؤثر على الجزاءات الحبسية، بل تقتصر على الجزاءات المالية (الغرامة والمصادرة) وهذا ما تم التعبير عنه بسقوط حق الدولة في العقاب جزئيا.

الخاصية الثانية: الطابع الرضائي للمصالحة الجنائية:

ونستشفه من عبارة «تبرمه الإدارة» إذ أن أهم ما يميز المصالحة هو طابعها الرضائي سواء من جانب الإدارة أو من جانب المتصالح، فالمصالحة لا تقوم دون موافقة الإدارة، ورضاء الظنين بالخضوع لهاته المسطرة والتخلي عن الضمانات التي تكفلها له المسطرة القضائية، فهي تجل من تجليات مبدأ الرضائية في المادة الجنائية.

الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية:

اعتمادا على خصائص المصالحة المشار إليها سابقا يمكن القول بأن الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية لا تخرج عن كونها: جزاء إداريا ذو طبيعة زجرية.

- **فهي جزاء وليست عقوبة:** لأن طابعها الزجري ووقوعها على الذمة المالية للشخص يجعلها تؤدي نفس وظيفة الغرامة الجنائية ما دامت تتمثل في أداء الظنين لمبلغ من المال لفائدة خزينة الدولة أو لفائدة الإدارة المتصالحة جزاء وفاقا عن تصرفه المخالف لأحكام القانون الجنائي، لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن أهم ما يميز هذا الجزاء هو طابعه الرضائي حيث يكون من حق الظنين إما قبول أو رفض إبرام مصالحة.

وهي من بدائل الزجر الجنائي، ذلك أن «العقوبة بوصفها الأداة التقليدية لمواجهة الاعتداء على المصالح المحمية جنائيا فشلت في تحقيق أهدافها في الردع العام والخاص على السواء، أو في القليل لم تحقق كل هذه الأهداف، مما وَلّد ما عرف بأزمة العدالة الجنائية، وترجع هذه الأزمة إلى عاملين؛ أولهما الإسراف في استخدام القوانين العقابية لضبط الإيقاع الاجتماعي، وثانيهما عدم استجابة الإجراءات الجنائية بسبب بطئها من ناحية، وتشعبها من ناحية أخرى، لإشباع الحاجة الاجتماعية للعدالة السريعة، ومن هنا برزت أهمية الصلح كوسيلة تحد من استخدام العقوبة، مع وسائل أخرى، ترمي إلى احتواء هذه الأزمة[1].

- **وهي جزاء إداري:** لأنها مسطرة إدارية صرفة تُبرم وتُنفذ خارج مراقبة القضاء، وتعتبر مسطرة إدانة دون محاكمة تلعب فيها الإدارة دور الخصم والحكم وتتمتع فيها بسلطات واسعة في مواجهة المتصالح، فهي صورة من صور التدخل الإداري في الميدان الزجري، إن لم يمكن القول، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه، بأنها من أقدم تجليات التدخل

(1) نبيل عبد الصبور النبراوي، مرجع سابق، ص 185. ولمن أراد التوسع الرجوع إلى :
- Choulli Bouchra: La dépénalisation en droit des affaires, Thèse pour le doctorat en droit, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Tanger, 2021.

الإداري في المجال الزجري[1]، وقد ظهر هذا التوجه في السياسة الجنائية الحديثة، والذي يعتبر أن مهمة فرض الجزاءات لا يجب أن تبقى حكرا على القضاء فقط، وإنما يمكن تمديدها إلى السلطة الإدارية، وقد اختلفت الآراء حول علل وأسباب هذا التحول، ويبقى أهمها هو مواجهة ظاهرة تضخم التجريم[2] وامتداده إلى صور من السلوك لا تعد مستهجنة في ذاتها، مما ترتب عنه ازدياد عدد القضايا الجنائية، الشيء الذي أثّر سلبا على ضمانات المحاكمة العادلة، وعلى جودة الأحكام القضائية، وكذا التأخر في البت في القضايا وما يترتب عنه من انعكاس على وظيفة الردع العام والخاص، إضافة إلى «عدم انسجام العقوبات الجنائية مع طبيعة الجرائم الاقتصادية والجبائية»[3]، فجاءت المصالحة كتجلٍ من تجليات مبدأ الزجر دون عقاب[4].

- **وهي ذات طبيعة زجرية:** ذلك أنه بالرغم من الطابع الإداري الذي يظلل أحكام المصالحة فمصدرها المتمثل في «الجريمة» يضفي عليها طابعا جنائيا ويجعلها تختلف عن «الجزاءات الإدارية»[5] ، إذ أن أهم ما يميز المصالحة عن هاته الجزاءات الإدارية هو طابعها الرضائي، كما أن المصالحة تؤثر على هاته الجزاءات الإدارية نفسها وتؤدي إلى سقوطها، بالإضافة إلى أن هاته الجزاءات الإدارية يمكن تطبيقها موازاة مع العقوبات الصادرة عن القضاء عكس المصالحة التي تؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية برمتها

(1) غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 6.
(2) محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 350.
(3) Serge Portelli, Les sanctions pénales en matiére économique et financière, Petites Affiches, 12 janvier 2006, n° 9, p 11.
(4) لمن أراد التوسع :
- **Mireille Delmas- Marty et Catherine Teitgen- Colly : Punir sans juger ; de la répression administrative au droit administratif pénale**, Economica, Paris, 1992.
(5) عرفها رأي الفقه المغربي بكونها : «الجزاءات التي تفرضها السلطة الإدارية في غياب أية متابعة جنائية»
- Michel Zirari Devif : « Le principe de légalité en matière pénale » : D.E.S. Fac. Droit Rabat 1978, édition de la faculté de science juridique économique et social, Rabat 1980, p 93.
وعلى سبيل المثال الجزاءات المنصوص عليها في الفصل 23 من القانون المنظم للأثمان بالمغرب والتي يفرضها عامل الإقليم، وتلك الواردة في الفصل 36 من قانون الصيد البحري التي يفرضها مندوب الصيد البحري للمكان الذي تساق إليه الباخرة.

في حالة إبرامها قبل صدور حكم نهائي، وسقوط الجزاءات المالية في حالة إبرامها بعد الحكم النهائي، فالطابع الزجري للمصالحة الجنائية يتجلى في مصدرها المتمثل في الجريمة، وفي آثارها المتمثلة في سقوط حق الدولة في العقاب.

بعد أن تم التطرق لماهية المصالحة الجنائية من حيث تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية، سنعمل على تمييز هذه المؤسسة عن مجموعة من الأنظمة المشابهة لها:

المبحث الثاني: تمييز المصالحة الجنائية عن بعض الأنظمة المشابهة لها

ينص المشرع المغربي على مجموعة من المساطر التي تهدف إلى نفس الغاية التي تروم المصالحة الجنائية بلوغها ألا وهي التسوية الحبية للنزاع، وقد ينصب مفعولها هي الأخرى على حق الدولة في العقاب، وبالتالي فقد تختلط مع المصالحة الجنائية.

وتتجلى أهم المساطر التي يمكن أن تختلط بالمصالحة الجنائية في الصلح الجنائي بين الخصوم، والصلح الإداري، وسحب الشكاية، ويتم التطرق لهذه المؤسسات عبر تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

المطلب الأول: تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الجنائي بين الخصوم،

المطلب الثاني: تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الإداري،

المطلب الثالث: تمييز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية.

المطلب الأول : تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الجنائي بين الخصوم:

جاء المشرع المغربي بعدة مستجدات وتعديلات في قانون المسطرة الجنائية الصادر

بتاريخ 3 أكتوبر 2002، ومن أهمها تنصيصه في المادة 41[1] على مسطرة الصلح بين الخصوم، وذلك إما باقتراح من الأطراف أو باقتراح من النيابة العامة.

وتم تبرير هذه المسطرة –حسب ديباجة القانون- بكونها تنسجم مع التشريع الجنائي الدولي الحديث الذي أصبح يولي اهتماما كبيرا لضحايا الجرائم الذين تم تجاهلهم وإقصاؤهم في وقت تنامى فيه الاهتمام بالجناة، ولذلك فإن من أسباب الاطمئنان إلى العدالة الجنائية هو تمكين الضحايا من الوصول إلى حقوقهم عبر تسوية حبية دون اللجوء إلى حكم قضائي، علما أن من أسباب استقرار الأمن واستتباب الطمأنينة بالمجتمع، تحقيق تصالح بين طرفي الخصومة المباشرين، وهو ما يؤدي إلى رأب الصدع، وجبر الضرر، والقضاء على الفتن والاضطرابات، والحد من النزعات الانتقامية لدى الضحايا.

ولهذه المسطرة مجموعة من المزايا، فهي من «التدابير التي تعتمدها السياسة الجنائية الرصينة من أجل تجنب الحلول الجراحية التي تنطوي عليها الأحكام والقرارات القضائية

---

(1) تنص المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:
«يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية، وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين سجنا أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر.
في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح يحرر وكيل الملك محضرا بحضورهما وحضور دفاعهما ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان.
يتضمن المحضر كذلك إشعار وكيل الملك للطرفين أو لدفاعها بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقعه وكيل الملك والطرفان.
يحيل وكيل الملك محضر الصلح على رئيس المحكمة الابتدائية، ليقوم هو أومن ينوب عنه بالتصديق عليه، بحضور ممثل النيابة العامة والطرفين أو دفاعهما بغرفة المشورة بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي الطعن.
يتضمن الأمر القضائي ما اتفق عليه الطرفان وعند الاقتضاء ما يلي:
- أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً
- تحديد أجل لتنفيذ الصلح
إذا لم يحضر المتضرر أمام وكيل الملك وتبين من وثائق الملف وجود تنازل كتابي صادر عنه أو في حالة عدم وجود مشتكي يمكن لوكيل الملك أن يقترح على المشتكى به أو المشتبه فيه صلحا يتمثل في أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر النتاج عن أفعاله وفي حالة موافقته يحرر وكيل الملك محضرا يتضمن ما تم الاتفاق عليه وإشعار المعني بالأمر أو دفاعه بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقع وكيل الملك والمعني بالأمر على المحضر.
يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.
توقف مسطرة الصلح والأمر الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في الحالتين المشار إليهما في هذه المادة إقامة الدعوى العمومية ويمكن لوكيل الملك إقامتها في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح أو في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة أو من ينوب عنه داخل الأجل المحدد أو إذا ظهرت دلال جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن هذه الأخيرة قد تقادمت.
يشعر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه وكيل الملك فورا بالأمر الصادر عنه.
يتأكد وكيل الملك من تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها الرئيس».

بكل أنواعها، والتي تسفر عن شروخ في العلاقات الإنسانية والاجتماعية ويبقى من الصعب اندمالها[1]، كما تجعل المتهم «يتفادى آثار الإدانة التي تبقى لصيقة به ومن شأنها نبذه من طرف المجتمع والمحيط الذي يعيش داخله، فتصبح إمكانية وفرص إعادة إدماجه أكثر نجاحا، بحيث لن يبقى هناك أي رد فعل اجتماعي ضده. وفي نفس الوقت تتيح للطرف المضرور من الفعل الجرمي موضوع الصلح فرصة لحصوله على تعويض يوازي درجة الضرر الذي ألم به، دون لجوئه إلى المحاكم مع ما يتولد عن ذلك من تَكبدِه مصاريف هو في غنى عنها»[2].

وتختلف مسطرة الصلح بين الخصوم عن المصالحة الجنائية بصفة عامة، في عدة نواح، منها ما يأتي:

- تتعلق المصالحة الجنائية بجرائم خاصة يمكن القول بأنها ذات طبيعة اصطناعية[3]، تمس الجانب المالي والاقتصادي والبيئي للدولة، وتتميز العقوبة فيها بطابعها المختلط بين الجزاء والتعويض. بينما تنصب مسطرة الصلح بين الخصوم على جرائم الحق العام، التي يعاقب عليها المشرع بعقوبات جنائية بحتة.

- تعتبر المصالحة الجنائية، بصفة عامة، سببا خاصا واستثنائيا من أسباب سقوط الدعوى العمومية، بينما يعتبر الصلح بين الخصوم «مانعا مؤقتا للمتابعة في الجنح المعاقب عليها بسنتين حبسا أو أقل، أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى خمسة ألف درهم، فهي تشكل بديلا من بدائل المتابعة، وفي ذات الوقت مانعا مؤقتا لها في انتظار نتيجة الصلح... وهي لا تدخل ضمن أسباب سقوط الدعوى العمومية بالمعنى الضيق»[4]. لذا لم يخضع

(1) محمد العلمي المشيشي الإدريسي، تدخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية، مجلة الإشعاع، العدد 27، ص 22.
(2) إدزي عبد اللطيف، الصلح في إطار قانون المسطرة الجنائية الجديد، مجلة المرافعة، عدد 14، دجنبر 2004، ص 31.
(3) تبعا للتقسيم الذي جاء به الفقيه الإيطالي جاروفالو بين الجرائم الطبيعية والجرائم الاصطناعية أو التنظيمية، مما يجعل تعامل الرأي العام معها يتسم بالمرونة والاستخفاف، ما دامت لا تمس الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها البنيان الاجتماعي.
(4) الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد الجزء الثاني، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص 29 و ص 140.

المشرع المغربي المصالحة الجنائية لنفس الإجراءات والشروط التي يخضع لها الصلح الجنائي بين الخصوم.

- توخى المشرع المغربي من وراء تبنيه لمسطرة الصلح بين الخصوم، التي تتطلب توافق إرادة كل من الجاني والمجني عليه وكذا النيابة العامة، تخفيف العبء على الجهاز القضائي، وتفادي تكدس السجون، إضافة إلى الأبعاد الاجتماعية لهذه المسطرة والمتمثلة في رأب الصدع والحد من الخلافات وما تخلفه من آثار اجتماعية سلبية، ومجمل هذه الأهداف هي التي تتوخاها المصالحة الجنائية بصفة عامة، إلا أن أهم غاية لهذه الأخيرة هي الحصول على الموارد المالية لخزينة الدولة، حيث تنصب أساسا على جرائم تمس الجانب الاقتصادي والجبائي، وتؤثر سلبا على الموارد المالية لخزينة الدولة. بعكس مسطرة الصلح بين الخصوم التي لا تجني منها خزينة الدولة أية موارد مالية مباشرة إلا في حالات استثنائية حيث يمكن أن يتضمن الأمر القضائي المثبت للصلح أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا.

- تتم المصالحة الجنائية خارج نطاق رقابة القضاء، فهي تبرم بين المتهم والإدارة وفق مسطرة إدارية ودون علم من الجهاز القضائي، وتكون ملزمة للقاضي حتى ولو كانت القضية معروضة على أنظاره، إذ يتعين عليه الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة، عكس مسطرة الصلح بين الخصوم التي تتم تحت إشراف النيابة العامة، ويتم التصديق عليها بأمر قضائي صادر عن غرفة المشورة وغير قابل لأي طعن.

- يمكن إبرام المصالحة الجنائية في بعض الحالات سواء قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور الحكم النهائي في النزاع، بينما لا يتم اللجوء إلى مسطرة الصلح بين الخصوم إلا قبل إثارة الدعوى العمومية. وبالتالي يمكن القول بأن هذه المسطرة تشكل حلا وسطا بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة،

إذ يمكن من تجنب متابعة المتهم، وفي نفس الوقت يقدم حلا للضحية بالحفاظ على حقوقه ويصون حقوق المجتمع»[1].

المطلب الثاني : تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الإداري :

يعطى القانون المغربي لبعض الإدارات التابعة للوزارة المكلفة بالمالية مجموعة من الوسائل لفض النزاعات بالطريق الودي، وهي تدخل ضمن ما يسمى بالصلح الإداري. وإعطاء إمكانية فض هذه النزاعات بالتوافق قد يجعلها تختلط مع المصالحة الجنائية. ويمكن ذكر مثالين على المصالحة الإدارية، وتمييزهما عن المصالحة الجنائية، ويتعلق الأمر بالصلح في إطار لجنة فصل المنازعات، والصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية، وذلك في مطلبين:

البند الأول: الصلح في إطار لجنة فصل المنازعات بالوزارة المكلفة بالمالية،

البند الثاني: الصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية،

البند الأول: الصلح في إطار لجنة فصل المنازعات بالوزارة المكلفة بالمالية:

يعطي الفصل الرابع من ظهير 2 مارس 1953 بشأن إعادة تنظيم وظيفة الوكيل القضائي للمملكة للجنة فصل المنازعات[2] الحق في البت في طلبات التعويض التي يتوجه بها الأشخاص المتضررون من أنشطة مرافق الدولة، وذلك كلما تعلق الأمر بمسؤولية الدولة عن أنشطة هذه المرافق.

(1) أنور طلبة، العقود الصغيرة : الصلح والمقايضة والوديعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون تاريخ ، ص 99.

(2) تجتمع هذه اللجنة بطلب من وزير المالية الذي يتولى رئاستها، وتتركب ممن يأتي ذكرهم:
- وزير المالية أو ممثله وعادة ما يمثله السيد مدير مديرية التأمينات والاحتياط الاجتماعي،
- ممثل عن الأمانة العامة للحكومة،
- ممثل عن مديرية الميزانية،
- ممثل عن الخزينة العامة للمملكة،
وتتولى الوكالة القضائية للمملكة سكرتارية هذه اللجنة حيث تتكلف بتجهيز هذه الملفات لعرضها على اللجنة وتصفيتها في حال اقتراح مبلغ للتصالح مع المعنيين بالأمر .

وتعمل هذه اللجنة على إصدار قرارات تسمح للوكيل القضائي للمملكة بالتصالح متى ارتأت أن مسؤولية الدولة ثابتة، وكانت مسطرة المصالحة تجلب نفعا ماديا للخزينة. فإذا كان من شأن لجوء الضحايا إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن أنشطة مرافق الدولة أن يخول لهم تعويضا يفوق التعويض الذي يمكن أن تمنحه اللجنة أو مماثلا له فإنها تسعى إلى إبرام الصلح اختصارا لمسطرة المنازعة، وحفاظا على وقت القضاء وعدم شغله بمثل هذه الملفات، وتخفيفا من أعباء المحاكم، وبالتالي فإن اللجنة ليست لجنة تعويض بالمفهوم الشامل، وإنما تسعى دائما وبالدرجة الأولى إلى الحفاظ على المال العام، والذي يعتبر هو الوظيفة الأساسية للوكيل القضائي للمملكة[1].

وهكذا يتبين أن هذه المسطرة هي مسطرة صلح، تقوم على أساس التراضي بين المتضرر والإدارة، وترجع إلى اختصاص الوكيل القضائي للمملكة، إلا أنها تختلف عن المصالحة الجنائية التي تتعلق بجرائم جنائية وليس بمسؤولية الدولة، كما أن المصالحة الجنائية تتعلق بمسؤولية المتصالح الذي يلتزم بأداء مبلغ الجزاء التصالحي لفائدة الإدارة، عكس هذه المصالحة الإدارية التي تلتزم فيها الإدارة بتعويض المتضرر، وبصفة عامة فإن المصالحة الجنائية تتعلق بمجال مُحرم على الصلح الإداري.

البند الثاني: الصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية:

خول المشرع المغربي للملزم حق المنازعة في مبلغ الضريبة المفروضة عليه، وذلك أمام لجان التحكيم الضريبية، وهي لجان إدارية ذات صبغة قضائية، تختص بالبت في المسائل الواقعية المتعلقة أساسا بتحديد العناصر المكونة للأساس الضريبي الذي تم على ضوئه إقرار الضريبة المفروضة. وتدخل هذه المسطرة ضمن مصاف المساطر التصالحية التي تحبذها إدارة الضرائب نظرا لأهميتها وفعاليتها.

(1) عباس الدكالي (وكيل قضائي للمملكة سابق)، تمثيل الدولة أمام القضاء، مجلة المحاكم الإدارية والقانون الإداري، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد الأول، 1995، ص 121.

وتعتبر هذه المسطرة صلحا إداريا يهدف إلى فض النزاع المتعلق بالخلاف بين إدارة الضرائب والمكلف فيما يتعلق بتقدير الوعاء الضريبي، وهو يختلف عن المصالحة الجنائية التي تنتج عن الجريمة وتنصب على حق الدولة في العقاب، «فالصلح الإداري يتعلق بنزاع بين الإدارة وأحد الأفراد، وينعقد الاختصاص في حالة فشل الصلح للمحاكم المدنية أو الإدارية، وينحصر أثره في إنهاء النزاع، أما الصلح الجنائي فيتعلق بجريمة وقعت، وينعقد الاختصاص في حالة عدم إتمام الصلح للقضاء الجنائي، ويترتب على إتمامه انقضاء الدعوى الجنائية[1].

والصفة الإدارية لهذه المنازعة هي التي تجعل الصلح الإداري في مواد الضرائب المباشرة لا تعوق تحريك الدعوى الجنائية، ولا تدخل ضمن مشمولات الفقرة الثالثة من المادة 4 من قانون الإجراءات الجنائية التي تعتبر المصالحة سببا خاصا من أسباب سقوط الدعوى العمومية.

وانطلاقا مما سبق، خلص بعض الفقه إلى أن محل التصالح الضريبي هي الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة الضريبية، وبالتالي فهي ليست مصالحة جنائية، ولا تؤثر بالتبعية على الدعوى العمومية»[2].

المطلب الثالث : تمييز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية :

يقيد المشرع المغربي سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في بعض الحالات بضرورة التوصل إما بإذن أو طلب أو شكوى، وهي ما تسمى بقيود الدعوى العمومية[3].

---

(1) محمد حكيم حسين الحكيم، مرجع سابق، ص 73.

- Denis Bosquet, La distinction du contentieux pénal fiscal, Revue des sciences criminelles, 1995, p 539.

(2) Le page- Seznec, Les transactions en droit pénale, Thèse doctorat, Paris X, 1995. p 132.

(3) يعرف بعض الفقه قيود الدعوى الجنائية بأنها «القيود التي وضعها المشرع الجنائي على حرية المجني عليه في نظام الاتهام الفردي وحرية النيابة العامة في نظام الاتهام العام، في تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية، بغية تحقيق الهدف النهائي منها وهو صدور حكم قضائي بعقاب الجاني، وإذا تحقق قيد من هذه القيود فإنه لا يمكن لصاحب الحق في الاتهام –المجني عليه في نظام الاتهام الفردي- ولا لصاحب السلطة –النيابة العامة في نظام الاتهام العام- استعمال هذا الحق أو هذه السلطة لتحريك ومباشرة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى غايتها في إصدار حكم نهائي فيها». عزت الدسوقي، مرجع سابق، ص 100.

ولا يمكن في مثل هذه الحالات إثارة الدعوى العمومية إلا بعد رفع القيد، والذي يتم رفعه عن طريق سحبه ممن له سلطة تقديمه، ويعتبر سحب هذا القيد، متى أجاز القانون ذلك، سببا خاصا من أسباب سقوط الدعوى العمومية.

والمصالحة ليست قيدا من قيود الدعوى العمومية، ما دام لم ينص عليها المشرع بهذه الصفة؛ ومع ذلك فإنها قد تختلط مع حق سحب الشكاية.

وتتفق المصالحة الجنائية مع سحب الشكاية[1] من حيث الأساس القانوني؛ بحيث يتسمان بطابع استثنائي، وينص عليهما القانون المغربي معا في المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية[2]. وتعتبر هذه المادة هي الإطار القانوني العام للمؤسستين، حيث يمكن اللجوء إليها في جميع الحالات التي يعتبر فيها المشرع الشكاية شرطا في إثارة المتابعات، أو ينص فيها صراحة على إمكانية المصالحة.

وهناك اختلافات جوهرية بين المؤسستين تؤكد الذاتية المستقلة لكلا هاتين المسطرتين، وهذا ما يتجلى في عدة جوانب، أهمها ما يأتي:

- إن المصالحة الجنائية تصرف قانوني من جانبين، فلا يتصور قيامها دون توافق إرادتين مهما قيل عن وضعية اللامساواة بين طرفيها، أما سحب الشكاية فإنه تصرف فردي من جانب المجني عليه، يعبر فيه عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، فلا تتوقف صحته ونفاده على إرادة المتهم، إذ لا عبرة لاعتراضه عليه بطلب الاستمرار في الدعوى

(1) هناك اختلاف بين الحق في الشكوى والتنازل عن الشكوى، لأن الأول يفترض سبق التقدم بالشكوى، أما الثاني فيفترض ثبوت الحق في الشكوى دون مباشرته لذلك، فالنزول عن الحق في الشكوى يفترض وقوع الجريمة المعلق رفع الدعوى فيها على شكوى»، صبري محمد علي الحكشي، الشكوى في القانون الجزائي، مكتبة المنار، الأردن، الزرقاء، الطبعة الأولى، 1986، ص 261.

(2) تنص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :»تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.
وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.
تسقط أيضا بتنازل المشتكي عن شكايته، إذا كانت الشكاية شرطاً ضرورياً للمتابعة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».
وهذا ما جعل من الصلح وسحب الشكاية سببين خاصين من أسباب سقوط الدعوى العمومية.

لإثبات براءته منها عوضا عن انقضائها بالتنازل[1]، وهذا أهم ما يميز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية.

- يعتبر المقابل أو العوض من الشروط الأساسية للمصالحة الجنائية، بحيث لا تقوم بدونه. أما التنازل عن الشكوى فالأصل فيه أن يكون بدون مقابل، وإن كان هذا لا يمنع أن يحصل المجني عليه على مقابل قبل أن يقدم على التنازل. وهذا يدل على أن سحب الشكاية يكون بمقابل وبدون مقابل، أما المصالحة فلا يتصور قيامها بدون مقابل.

- يمكن إبرام المصالحة الجنائية في العديد من المجالات سواء قبل إثارة الدعوى العمومية وأثناء سريانها بل حتى بعد صدور حكم نهائي في النزاع. أما سحب الشكاية فينصب على الدعوى العمومية فقط، وبالتالي لا يتصور وجوده إذا كانت الدعوى غير قائمة، أو إذا انقضت بصدور حكم بات فيها، «لعدم وجود محل له، ولا يكون له بالتالي أي أثر»[2]. وهذا ما يبرر تنصيص المشرع على سحب الشكاية في قانون المسطرة الجنائية فقط كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية (الفصل 4 من قانون المسطرة الجنائية) بينما ينص على المصالحة كسبب من أسباب سقوط الدعوى العمومية وأسباب انقضاء العقوبة (الفصل 20 من مجموعة القانون الجنائي).

- إن الغرض الأساس من سحب الشكاية هو رأب الصدع والحفاظ على الروابط العائلية والأواصر الاجتماعية خاصة بالنسبة لجرائم الأقارب، أما الهدف الأساس من المصالحة الجنائية فو الحفاظ على النظام العام الاقتصادي أو البيئي، أو مجابهة ظاهرة التضخم الجنائي، والحصول على موارد مالية للدولة.

---

(1) صبري محمد علي الحكشي، مرجع سابق، ص 262.
- محمد عبد الحميد مكي، التنازل عن الشكوى كسبب خاص لانقضاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999-2000، ص 40.
(2) صبري محمد علي الحكشي، مرجع سابق، ص 268.

المبحث الثالث: مبررات المصالحة الجنائية

إن التطور الذي عرفه المجتمع وتعقد الحياة العصرية وكثرة المخالفات البسيطة التي لا تثير الشعور العام ولا تحدث اضطرابا اجتماعيا هو «المبرر الأساسي الذي يدفع لترجيح كفة التبريرات النفعية للأخذ بالمصالحة حتى ولو تعارضت مع مبادئ القانون الجنائي»[1]، إذ بالرغم من تعارضها مع مجموعة من المبادئ الراسخة في القانون الجنائي فلا يمكن إنكار أنها تؤدي إلى تحقيق ميزتين أساسيتين هما الملاءة، والسرعة، أو ما يصطلح على تسميتهما بالاقتصاد في المصاريف والاقتصاد في الإجراءات.

ومن أجل معالجة هذا المبحث يتم تقسيمه إلى مطلبين:

- المطلب الأول: مزيا المصالحة الجنائية
- المطلب الثاني: المؤاخذات على المصالحة الجنائية

المطلب الأول: مزيا المصالحة الجنائية:

يستند مؤيدو المصالحة الجنائية على مبررات مختلفة، غير أن قاسمها المشترك هو النفع المادي الذي تحققه لخزينة الدولة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويتجلى هذا النفع على عدة مستويات، أهمها:

- عن طريق المصالحة تجني خزينة الدولة منافع مادية محترمة، فالإدارة تفضل الحصول على مبلغ الجزاء التصالحي بدل انتظار الفض القضائي للنزاع والحكم على الظنين بعقوبات حبسية لا تستفيد منها الخزينة وإنما تزيد في أعبائها، أو عقوبات مالية يصعب على الإدارة تحصيلها.

(1) Charle Baille Op.cit .p.24

- يتجنب الأطراف عن طريق المصالحة كلفة المسطرة القضائية؛ فهي «حل اقتصادي بالنسبة للجميع، حيث تسمح للأطراف بدفع أقل المصاريف وتتيح للدولة أيضا الاقتصاد في النفقات[1]. كما تجنبها، أي الدولة، «تكلفة إحداث محاكم جديدة، ومضاعفة عدد القضاة»[2].

- تساعد المصالحة، خصوصا فيما يتعلق بالمجال الاقتصادي، على خدمة التبادل التجاري وعلى المحافظة على المقاولات والشركات الاقتصادية؛ فالتبادل التجاري وسياسة السوق المفتوح تفرض السرعة في تداول البضائع عن طريق إدخالها وإخراجها عبر الحدود، وهذا ما يجعل التجار، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، معرضين لارتكاب عدة مخالفات بسيطة، وقد يؤثر تحريك المتابعة الجنائية ضدهم سلبا على النشاط الاقتصادي؛ لأن من «شأن توقيع عقوبة جنائية عليهم، المساس بسمعتهم الائتمانية[3]، وهو ما يجعل من اختيارهم للمصالحة خيارا صائبا، فالمصالحة من «الالتزامات العادية التي تفرضها الحياة الاقتصادية»[4]، وفي هذا السياق، ذهب رأي في الفقه الفرنسي[5] إلى أن المصالحة تشكل عامل توازن في عالم المال والأعمال، وتؤدي إلى التوفيق بين المرونة والسرعة التي يجب أن يتميز بها عالم الاعمال، وبين الأمن الذي يرمي القانون الجنائي إلى تحقيقه؛ فارتكاز عالم الأعمال على الرغبة في «المخاطرة» قد تصطدم بتدخل القانون الجنائي في هذا المجال، لكن يمكن التقليص من هذا الخوف عن طريق السماح بإبرام المصالحة، مما يؤدي إلى الحفاظ على المقاولات وحماية

(1) محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية: اتجاهات حديثة في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 17، رقم 19.

(2) Michelle Laure- Rassat, Procédure pénale, presse Universitaire de France, Paris, 1990, p 412.

- Jong. J.D., Transaction en droit pénal Néerlandais, Traduit en français par Michel Lambert, Revue internationale de droit pénal, 1962, p 485.

- Legeais Raymond, Les procédures sans débats en droit pénal français, Revue Internationale de droit pénal, 1962, p 449.

(3) محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 330، هامش رقم 3.

(4) Berr. J .C, note sous arrêt cour d'appel de paris, 1 décembre 1982, Recueil Dalloz Sirey, 1983, II, p 313.

(5) Mireille Delmas- Marty, Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales, Revue des sciences criminelles, 1977, p 513.

العمال من التشرد. وهو ما دفع الكثير من الفقه إلى الإعلان صراحة عن إخراج قانون الاعمال من مجال التجريم الجنائي بمعناه الضيق[1].

- باللجوء إلى مسطرة المصالحة يتم اختصار مسطرة الزجر والسرعة في فض النزاع، وبذلك يتم الاستعاضة عن «الصيغة الثلاثية: قضاء، إدارة، ظنين، بصيغة أخرى أكثر بساطة تجمع بين: الإدارة والظنين»[2].

- تساعد المصالحة على حسن تدبير واستغلال «وقت القاضي» وقصر مهمته في التصدي للقضايا المهمة والشائكة وعدم تضيع وقته في القضايا البسيطة، مما يساهم في جودة الأحكام القضائية وتخفيف الضغط عن مرفق العدالة.

وخلاصة ما يمكن أن يقال هو أن مسطرة المصالحة هي أكثر سرعة وفعالية مقارنة مع المسطرة القضائية وهذا ما يحقق مزايا للطرفين إذ «في مقابل النفع المادي الذي تحققه المصالحة للإدارة، تحقق نفعا معنويا وأخلاقيا للمتصالح يتجلى في تفادي ظهوره ومثوله أمام جهاز العدالة كمتابع»[3]، لكن هذا لا يحجب حقيقة مهمة وهي مخالفة المصالحة الجنائية في شكلها الحالي لمجموعة من المبادئ الأساسية للقانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والمسطري، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: المؤاخذات على المصالحة الجنائية:

بالرغم من الإيجابيات الكثيرة التي تُتيحها مسطرة المصالحة الجنائية، إلا أنها لم تسلم من المؤاخذات، سواء من حيث أساسها أو مبرراتها، وتتجلى أهم هذه المؤاخذات فيما يلي:

(1) لمن أراد التوسع، الرجوع إلى :
Choulli Bouchra: - La dépénalisation en droit des affaires, Thèse pour le doctorat en droit, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Tanger, 2021

(2) الشرقي حفيظي، حول الطبيعة القانونية للمحاضر في القانون الجمركي، مرجع سابق، ص 393.

(3) Causse : Op. Cit, p 28

- يؤخذ على المصالحة، كونها تجعل من الدعوى العمومية والعقوبة مصدرين للربح والإتجار، فهي «ثمن للجريمة» وليس عقوبة جنائية هدفها الأساس هو الردع العام والخاص.

- تشكل المصالحة خرقا لمبدأ مساواة الأفراد أمام العدالة الجنائية، وذلك لأنها تكون في صالح الأغنياء الذين يتوفرون على المال الكافي لأداء العوض، وهنا تفقد العدالة الجنائية هيبتها ويستخف الناس بالجرائم فيعمدون إلى مخالفة القوانين ما دام الجزاء في الأخير هو مبلغ مالي يؤدونه للإدارة ويرمون باللوم على سوء حظهم دون أن يترك ذلك أي تأثير على نفسيتهم (الردع الخاص) وهذا ما يرسخ لدى الرأي العام أنه «يكفي أن يكون الشخص غنيا حتى يتفادى تطبيق العقوبة عليه»[1] فتصبح المصالحة عامل تشجيع غير مباشر على ارتكاب المخالفات للقوانين التي أجازت المصالحة، وبالتالي «فهي لا تحقق فائدة الزجر العام إذ تتسم بصفة مباشرة بين المكلفين والإدارة ولذلك فإنها لا تكون رادعة للغير بل وللمتهرب نفسه»[2].

- إن القول بكون مسطرة المصالحة هي مسطرة سريعة لا يخلو من تبعات سلبية، إذ حتى بالنسبة للمجالات التي يعتبر تبرير السرعة في فض النزاع أهم عامل لإقرارها، كالتصالح بشأن مخالفات السير والمرور فهي قد تؤدي بالمقابل إلى «تأزيم العلاقة بين السائقين والشرطة الشيء الذي يخلف أوضاعا نفسية بعيدة عن تحقيق ما يمكن وصفه بالزجر المعقلن»[3].

(1) Roger Merle et André vitu : « Traité de droit criminel », Edition Cujas, Paris, 3éme édition, 1979, p 74.

(2) المقدم حافظ عبده الرهوان : « التهرب الضريبي ودور السلطة في مكافحته»، مجلة الأمن الوطني، العدد 134، السنة الثالثة والعشرون ، 1983.

(3) Mellor Alec : les contravention et le tribunal de police : Librairie Du Journale des Notaires et des Avocat .1959. p.45.

- إن أهم انتقاد وُوجهت به المصالحة الجنائية هو خرقها لمبدأ الشرعية؛ فقد ترتب عن هذه المسطرة إدخال «مبدأ الملاءمة في صلب النظام الجزائي الجنائي»[1] مقابل التطبيق الضيق لمبدأ الشرعية[2]، هذا المبدأ الذي وُضع أساسا للحد من السلطة التقديرية للسلطة القضائية والسلطة التنفيذية على حد سواء[3].

فعن طريق المصالحة في المجال الجنائي أصبح مبدأ الملاءمة المدعوم بتبريرات الفعالية والسرعة ينافس ويحل محل مبدأ الشرعية عبر إخضاع الجزاء للسلطة التقديرية للإدارة (خرق مبدأ شرعية العقوبة)، واتباع مسطرة إدارية في الزجر بدل المسطرة القضائية (خرق مبدأ الشرعية المسطرية)، «فتحت غطاء التعاون بين القضاء والإدارة أصبحنا نجد في الواقع انفراد الإدارة، وفي المجال الذي يقبل فيه القانون بذلك، بعملية تطبيق القاعدة الجنائية بدل السلطة القضائية»[4]،

- خرق المصالحة الجنائية لمبدأ فصل السلطات: فمبدأ استقلال سلطات الدولة هو من المبادئ الأساسية للنظم الديمقراطية وذلك لكي تتحقق رقابة كل منها على الأخرى، وتركيز هاته في يد جهاز واحد يفتح باب التعسف وإهدار الحريات، فإذا كانت الرقابة على أعمال الإدارة بصفة عامة ضرورية لكيلا تتعسف في هدر حقوق الأفراد، فإن ضرورة الرقابة تصبح أشد إلحاحا عندما يتعلق الأمر بالمجال الجنائي، فمبدأ الشرعية إذا كان قد تم تبنيه أصلا من أجل ترشيد السلطة التقديرية للقاضي في العقاب، فكيف إذا أعطينا هاته السلطة للإدارة؟ «إذ لا بد من الانتباه إلى أن الأمر في الواقع لا يتعلق فقط بجلوس الموظف على مقعد القاضي بل إن سلطة العقاب أو المصالحة المعترف بها

(1) Causse : Op. Cit, p 31

(2) Evelyne Serverin ; Laxoumes Pierre et Lambert Thierry : - Transactions et pratiques transactionnelles : Sujets et objets des transaction dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public, Edition Economiques, Paris, 1987. p 181

(3) Gaston Stefani : « Le domaine de la loi et du règlement en matière pénal »Etudes juridiques offertes à Lion Jullian de la Morandiére, Librairie Dalloz, Paris, 1964. P. 531

(4) أمزازي محيي الدين : «العقوبة»، منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، 1993، صفحة 265.

للإدارة تؤدي إلى استبدال قواعد المسطرة الجنائية بتقنيات مختلفة مجردة من الشكليات والإجراءات والضمانات التي تميز المحاكمة وتطبعها»[1] وفي هذا خرق لمبدأ الشرعية المسطرية المنصوص عليه دستوريا[2].

- خرق المصالحة الجنائية لمبدأ فصل الاختصاصات، حيث يُخول لمجموعة من الجهات الإدارية المرتبطة مع بعضها البعض بسلطة رئاسية، اختصاصات متنوعة غالبا ما تُعطى لجهات مختلفة، وهكذا فإن الإدارة هي التي تسهر على جمع الأدلة والمتابعة وتقرير الجزاء والعمل على تنفيذه[3].

- الطابع السري للمصالحة الجنائية، وهو ما يجعلها لا تحظى « بالشرعية الاجتماعية»[4]، إذ أن العدالة لا يجب أن تمارس داخل مكاتب مغلقة خاصة منها العدالة الجنائية»[5]، لأن ذلك سيحرم الأفراد من مجموعة من الضمانات التي كفلها التشريع الجنائي مثل علنية الجلسات وما يشكله من وسيلة ضغط معنوي من أجل الالتزام بتطبيق القانون، وحق الشخص في الدفا ع عن نفسه والاطلا ع على أوجه دفا ع الطرف الأخر، واستقلال الهيأة الحاكمة وعدم دخولها كطرف في النزا ع...، وبصفة عامة فإنه «يعاب على المصالحة أنها تسمح للإدارة بالتصرف بعيدا عن الشفافية، وذلك بالمقارنة مع شفافية الجهاز القضائي، والأمن الذي تضمنه طرق الطعن في قراراته وأحكامه[6].

- تؤدي المصالحة الجنائية إلى نقصان ضمانات المحاكمة العادلة الذي يصل إلى حد العدم، حيث يلاحظ بأن «التوزيع الحالي لسلطات تسيير مجال العقوبات بين الإدارة

(1) أمزازي محيي الدين : العقوبة، مرجع سابق، ص 266.
(2) ينص الفصل 23 من الدستور المغربي لعام 2011 على ما يلي : لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون...».
(3) Varinard .A. et E.J. Sibuet : Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal, Revue internationale de droit pénal, (vol. 59), 1988, p 203
(4) Evelyne Serverin et autres : Op. Cit. p 141
(5) Baille Charles : La perception de l'amende par l'agent verbalisateur, thèse doctorat en droit, université de Dijon, Besançon, imprimerie de l'Est, 1929. p 157
(6) فتيحة نعار، المصالحة الجمركية في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد 24، 2002، ص 8، ص 12.

والقضاء معرض للنقد، ليس فقط لأنه يهمش القضاء، لكن وبالخصوص لأنه لا يوفر الضمانات للمتقاضين، ويمارس خارج أية مراقبة فعلية»[1]، ولا شك أن المصالحة بهذا المنظار تعد «مظهرا من مظاهر تراجع القضاء عن مواقعه التقليدية أمام زحف الإدارة[2].

المطلب الثالث: خلاصة رأي حول مبررات المصالحة الجنائية:

يمكن القول بصفة عامة، أن مجموعة من الانتقادات المشار إليها أعلاه لا يمكن توجيهها إلى مؤسسة المصالحة الجنائية في حد ذاتها بل إلى الممارسة الإدارية التصالحية، كما أنها لم تلق استجابة كبيرة في السياسة الجنائية المعاصرة التي تتجه نحو التوسع في الأخذ ببدائل الدعوى العمومية[3]؛ ذلك أنه بعد أن كانت المصالحة تقبع في ركن قصي داخل قوانين جنائية خاصة، عززت موقعها في التشريع الجنائي لتشمل جرائم الحق العام، وهذا راجع للمزايا التي تحققها، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الضرورة المستند على المزايا التي تحققها والمضار التي تدفعها، فالمصالحة الجنائية هي تقنية لإنتاج الرضائية في صلب التشريع الجنائي حيث تخلق جوا من الحوار في العلاقة بين الإدارة والظنين، وتسعى الإدارة من خلالها إلى الحصول على تنفيذ رضائي للجزاء من طرف المخالف، فالمصالحة «لا تتعارض مع دولة القانون ولا تناقض روح الديمقراطية إذ تعتبر مظهرا من مظاهر احترام حقوق الإنسان فليست هناك مصالحة في الأنظمة غير المتسامحة، كما أنها تؤدي إلى إحقاق نوع من التوازن في العلاقة بين الفرد والدولة في أفق أن تصبح

(1) أمزازي محيي الدين، مرجع سابق، ص 266.

(2) أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001، ص 287.

(3) من أجل التوسع الرجوع إلى:

«الطرق البديلة لتسوية المنازعات» أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و 5 أبريل 2003. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2، 2004، مطبعة فضالة، الرباط، الطبعة الأولى 2004.

- Martin Daniel , Wilfried Meyvic, Sabine Demet et autres : Mesures et peines alternatives, ouvrage réalisé dans le cadre d'une convention de recherche entre le ministére de la justice et les facultés de droit, les Ecoles de sciences criminilogiques de l'université de Liege et de la Katolike Universiteit Leuven. UGA , Belgique, 1997.

هاته الأخيرة أكثر إنسانية»[1]، وهكذا فإن المصالحة تجد مكانها ضمن «مجموعة من الوسائل المعتمدة إداريا لفض النزاعات والتي تعتمد أساس على التوافق والحوار، لذا فهي لا تتعارض ومبدأ الشرعية بل تجد مكانها وتطبيقاتها داخل دولة القانون»[2] كما أن «الاستعمال الحذر واللبق لمسطرة المصالحة يؤدي نفس الغاية الاجتماعية التي تحققها المسطرة القضائية»[3].

لكن ما تجدر ملاحظته هو أنه لكيلا تتعارض المصالحة الجنائية مع المبادئ العامة للقانون الجنائي فإنه يجب تجنب ترك هاته السلطة بيد الإدارة تتصرف فيها كيف شاءت، فكل سلطة يجب أن تكون مقيدة بقيود تمنع التعسف في استعمالها خاصة وأن المصالحة تعتبر استثناء من المبادئ العامة، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

ويمكن اقتراح مجموعة من الضمانات التي يمكن أن تُحصَّن بها الممارسات التصالحية لكي تتفادى أغلب الانتقادات الموجهة إليها:

- الاقتراح الأول:

ضرورة تأطير المنظومة القانونية التي تنتمي إليها المصالحة الجنائية وهي القانون الجنائي الإداري، وهو الشيء الذي سيقوي من شرعية هذا الإجراء. وقد تعددت التعاريف[4] التي

---

(1) Edgare Faure: Lettre preface J.F.Dupre: Op. Cit

(2) Evelyne Serverin et autres : Op. Cit. P 152

(3) Graven Jean :- Préface à l'enquête internationale sur les condamnations sans débats, Revue International de droit pénal, 1962, p 390.

(4) عرف بعض الفقه القانون الجنائي الإداري بأنه : «مجموعة من المقتضيات الزجرية الموجودة خارج مدونة القانون الجنائي في صلب مجموعة من النصوص التشريعية أو التنظيمية والتي تنظم مجالات خاصة من الحياة الاجتماعية».

- Varinard .A. et Sibuet E.J: Op. Cit, p 190

«إن التمييز بين قواعد القانون الجنائي الزجري والقانون الجنائي الإداري بالأساس على معايير كيفية نوعية، فبالنسبة للقانون الجنائي الزجري تشكل مخالفة أحكام مسا بالنظام القانوني و الاجتماعي، أما مخالفة قواعد القانون الجنائي الإداري فبالعكس تمثل مجرد عدم امتثال».

- Peter Hunerfeld: Le droit pénal administratif face à la constitution, In. constitution et droit pénal, Imprimerie Omnia, Rabat, 1995, p 19.

أعطيت لهذا الفرع من القانون الزجري، إلا أنه يمكن القول بصفة عامة أنه يقصد به «سلطة الإدارة في فرض جزاءات على غير الخاضعين لها بدلا من المحكمة الجنائية «[1].

ويعتبر القانون الجزائي الإداري نوعا جديدا من القانون، يعالج نظاما وسطا بين القانون الجنائي والقانون الإداري، ويتميز بكونه لا ينص على العقوبات الحبسية وإنما ينص على عقوبات مالية وعقوبات سالبة للحقوق فقط، كما يتضمن مسطرة للطعن أمام القضاء. وتعتبر إيطاليا من أهم الدول التي أخذت بهذا النهج، حيث وضعت نظاما خاصا بالجرائم الضريبية ضمن القانون الجنائي الإداري، وأبقت على مسطرة المصالحة ضمن هذا النظام؛ فقانون العقوبات الإداري ليس جنائيا خالصا أو إداريا خالصا، ولكنه ثمرة التعاون بين قواعد كل من القانون الجنائي والقانون الإداري»[2].

ويعرف القانون المغربي عدة تجليات لتدخل الإدارة في ميدان الزجر، حتى وإن لم ينظم هذا المجال بمقتضى قانون مستقل، وقد اعتبر بعض الفقه بأن «مقدمات ظهور القانون الإداري الجنائي قد بدأت في صورة غرامة المصالحة التي تفرضها جهة إدارة الضرائب والجمارك في موضوعات التهريب الجمركي والضريبي، فيسمح القانون في الدول المختلفة للإدارة في هذه الحالات بأن تعقد مصالحة مع المتهرب، ويترتب على هذه المصالحة أن تنقضي الدعوى العمومية»[3].

ونظرا لعدم وجود تعريف أو قاعدة واضحة في القانون المغربي لما يمكن تسميته بالقانون الجزائي الإداري، فيمكن الاعتماد على المعيار الشكلي للتمييز بينه وبين الجزاء الجنائي؛ ذلك أن «لفظة جزاء إداري تطلق في غالبية الأحيان للتعبير عن الجزاء الصادر عن السلطة الإدارية، وفي المقابل تطلق لفظة جزاء جنائي للدلالة على الجزاء الصادر عن السلطة

(1) غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص 5. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف يستبعد من مجال القانون الجنائي الإداري سلطة الإدارة في فرض جزاءات على موظفيها ومستخدميها.
(2) أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري (ظاهرة الحد من العقاب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 1996، ص 10.
(3) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 6.

القضائية ممثلة في شخص القاضي، وفي كلا الحالتين فإن الأمر يتعلق بقانون جنائي، كل ما يميز بينهما هو السلطة المختصة في إصدار الجزاء[1].

وقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لمدى توافق التدخل الإداري في الميدان الزجري مع مقتضيات الدستور؛ «واعتبر بعد تردد، بدستورية الجزاءات الصادرة عن الإدارة، واعتبر أن القانون الزجري - الذي يجب أن يلتزم بالقواعد المتعلقة بحماية وكفالة الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا- لا يقتصر فقط على العقوبات الصادرة عن القضاء الزجري، وإنما يمتد إلى جميع الجزاءات التي لها طابع عقابي حتى ولو ترك المشرع صلاحية إصدارها إلى سلطة ليس لها طابع قضائي»[2]،

- الاقتراح الثاني:

إقرار الرقابة القضائية على المصالحة الجنائية؛ ذلك أن من أهم سلبيات وقواصم هذه الممارسة هي تحييد دور القضاء واستبعاده؛ فليس هناك أي دور للقضاء في هذه المسطرة، فهي مسطرة إدارية بامتياز حتى وإن تعلقت بالمجال الجنائي، لذا يقترح التنصيص على إعطاء القضاء دوره الطبيعي في مراقبة هذه المسطرة خصوصا عندما يتعلق الأمر بالمصالحة بعد تحريك الدعوى العمومية، إضافة إلى إقرار حق اللجوء إلى القضاء للطعن في الجزاءات الإدارية، ذلك أن «حق اللجوء إلى القضاء من أجل الطعن في الجزاءات غير الجنائية هو حق أساسي وجوهري، ويتماشى مع ما كرسته المحكمة الأوربية في العديد من قراراتها»[3].

---

(1) Baccouche Neji: «Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit criminel et droit pénal administratif» Revue international de droit pénal 1988, p 429.

- غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 15.

(2) Delmas- Marty Mireille et Teitgen- Colly Catherine, op. cit., p 30.

(3) Michel Degoffe, Actualité de la sanction non pénal, Petites Affiches, 6 mars 2003, n° 47, p 4.

الفصل الثاني: مجال المصالحة الجنائية وآثارها

بالرغم من الانطباع الخادع الذي قد يتراءى من الوهلة الأولى بخصوص مجال المصالحة الجنائية، فإن هذه المؤسسة تشمل جرائم كثيرة ومتنوعة، تتطلب مجهودا معتبرا من أجل حصرها وتحديدها ما دام انها تتواجد في صلب قوانين جنائية خاصة (المبحث الأول)، كما أن المشرع قد رتب آثارا مهمة على هذه المسطرة بغية التشجيع على اللجوء إليها (المبحث الثاني)، وهذا ما سيتم الترق غليه بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مجال المصالحة الجنائية.

المبحث الثاني: آثار المصالحة الجنائية.

المبحث الأول: مجال المصالحة الجنائية:

اكتفى المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي، والمسطرة الجنائية بالتنصيص على جواز إبرام المصالحة «إذا كان القانون ينص على ذلك بوجه صريح»، وترك لمن يريد معرفة المجالات التي تجد فيها المصالحة تطبيقاتها عناء ومشقة البحث عن النصوص والتشريعات الخاصة التي حددت الجرائم المتصالح بشأنها، وهذا ما دفع البعض إلى القول «بعدم إمكان إبرام مصالحة بشأن إحدى الجرائم المنصوص عليها في التقنين الجنائي نفسه»[1]، وأن الأمر يقتصر على جرائم جنائية خاصة، وهي الجرائم الواردة خارج مجموعة القانون الجنائي والمتواجدة في صلب قوانين أخرى، تُعْنى بتنظيم مجالات مختلفة، ومع ذلك فهي تصنف ضمن المجال الجنائي ذلك أن «المدونة الجنائية لم تكن وليست هي المصدر الوحيد للتشريع الجنائي... فقد ظهرت مجموعة من القوانين الخاصة لتجريم أفعال غير مضمنة في المواد الجنائية أو جاءت لتعديل أو تكميل قواعد

(1) دليل القانون الجنائي المغربي : وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، دار النشر والسنة: بدون، ص : 52.

موجودة[1] فأصبح التقنين الجنائي مجرد «نواة تحوم حولها مجموعة من القوانين الخاصة[2]، وفي هاته القوانين الجنائية الخاصة تجد المصالحة تطبيقاتها، إذن فخصوصية هذه الجرائم تتجلى في كونها توجد في صلب قوانين خارجة عن مجموعة القانون الجنائي، وفي كونها تتضمن مجموعة من المقتضيات التي تشذ في الكثير من أحكامها عن المبادئ العامة للقانون الجنائي[3].

وتكمن صعوبة حصر مجال المصالحة الجنائية في تفرق النصوص التي أجازت اللجوء لهذه المكنة، ووجودها في صلب تشريعات جنائية خاصة تنظم مجالات متنوعة ومتفرقة، وتحكمها قوانين ومراسيم وقرارات ذات طابع تقني، وهنا لا بد من تحديد العناصر الموضوعية التي بتوفرها يمكن القول بأننا أمام مؤسسة المصالحة الجنائية، قبل تتبع أهم القوانين الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: العناصر الموضوعية المحددة لمؤسسة المصالحة الجنائية،

المطلب الثاني: المجالات الجنائية التي أجاز المشرع التصالح بشأنها.

المطلب الأول: العناصر الموضوعية المحددة لمؤسسة المصالحة الجنائية:

إذا كان المشرع المغربي يشترط لجواز التصالح على جرائم معينة ضرورة تنصيص القانون على ذلك بوجه صريح انسجاما مع الطابع الاستثنائي للمصالحة الجنائية، فإن هذا

---

(1) Mohieddine Amzazi : "Précis de droit criminel" Dar Nachr Al Maarifa- Rabat, Ier Edition 1994, page 7.

(2) Michel Massé : "Infractions Contre l'Ordre Financier" R.Sci. crim, 1985, page 589.

(3) مثلا: - مفهوم المخالفات في هاته القوانين الخاصة يختلف عن مفهومها الوارد في مجموعة القانون الجنائي، حيث غالبا ما يتعدى فيها مقدار الغرامة الحد المنصوص عليه في المبادئ العامة.

- يوسع المشرع من نطاق المسؤولية في هذه المجالات حيث يعاقب على المشاركة والمحاولة ويعطي مفهوما واسعا للمشاركة.
- يقلص المشرع في أغلب هذه الجرائم من أهمية الركن المعنوي، ويعتمد على المسؤولية المفترضة.
- يمنع المشرع في أغلب هاته المجالات منح الظنين إيقاف التنفيذ أو تمتيعه بظروف التخفيف.
- يعلق المشرع إثارة الدعوى العمومية على تقديم طلب من الإدارة المعنية.
- يجيز المشرع إبرام المصالحة في هذه المجالات؛
- تختلف مدد التقادم في أغلب هاته القوانين عن المدد المنصوص عليها في المبادئ الزجرية العامة.

يجعلنا نتساءل عن معنى عبارة «ينص على ذلك بوجه صريح» الواردة في مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، هل المقصود منها ضرورة ذكر مصطلح «مصالحة» المذكور في قانون المسطرة الجنائية، أو مصطلح «صلح» الوارد في مجموعة القانون الجنائي، أم أن الأمر على خلاف ذلك، ويتعين أن تتوفر مجموعة من العناصر الموضوعية للقول بأننا أمام ما يسمى بالمصالحة الجنائية؟ :

إن القول باشتراط ذِكر مصطلح «مصالحة» أو «صلح» للقول بأننا أمام مؤسسة المصالحة الجنائية لا يستقيم مع المنطق القانوني، إذ أن للمصالحة الجنائية خصائصها ومميزاتها ويجب تحديدها انطلاقا من تحديد هاته الخصائص و استجلاء تلك المميزات، خاصة وأن هناك مجموعة من النصوص القانونية المغربية قد لا تستعمل هذا المصطلح وإنما تأخذ بالمفهوم فقط، فمثلا بخصوص القانون المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها[1] يستعمل النص الفرنسي في الفصل 19 منه المصطلح Transaction بمعنى مصالحة، وعند ترجمته نجد المشرع يستعمل في النص العربي مصطلح «تراضي».

إذن لا يجب التوقف عند منطوق النص فقط لتحديد ما يعتبر مصالحة جنائية، بل يجب الاعتماد على عناصر موضوعية لمعرفة ما إذا كان من الممكن تصنيف ممارسة إدارية ما ضمن نطاق المصالحة الجنائية أم لا.

وهذا ما عمدت إليه الفقيهة الفرنسية لويس ميري كوس عند تحديدها لمجال المصالحة الجنائية بفرنسا، حيث ذهبت إلى القول بأنه «لتصنيف مسطرة إدارية زجرية ضمن الممارسة التصالحية الإدارية يكفي الجواب بالإيجاب على الأسئلة الآتية:

- هل تهدف المسطرة إلى إنهاء النزاع وإيقاف المسطرة الزجرية وما يترتب عنها من مضايقات وآثار؟،

(1) القانون رقم -71 008 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1971، المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وبشروط 'مساك المنتوجات والبضائع وبيعها. الجريدة الرسمية عدد 3087، الصادرة بتاريخ 29 دجنبر 1971، ص 3289.

- هل تتضمن رضا وتنازلا متبادلا من جانب الإدارة والظنين وكذا امتيازات لكلا الطرفين؟،

- هل يمكن اعتبارها كجزاء إداري[1].

ومن خلال اطلاعنا على النصوص الجنائية المغربية التي أجازت المصالحة، واعتمادا على ما جاء في رأي الأستاذة كوس المشار إليه أعلاه، يمكن حصر عناصر المصالحة الجنائية في الآتي:

- وجود شخص معنوي عام كطرف في العلاقة التصالحية (البعد الإداري)،

- توافق إرادتي كل من الإدارة والظنين على اتباع هذه المسطرة، مما يجعلها تجليا من تجليات مبدأ الرضائية في المادة الزجرية (البعد التعاقدي الرضائي)،

- إنهاء أو توقف المسطرة الزجرية المترتبة عن الجريمة موضوع المصالحة، وهو ما يتمثل في سقوط حق الدولة في العقاب، إذ تؤدي إما إلى سقوط الدعوى العمومية أو سقوط العقوبة أو سقوط التدابير الوقائية (البعد الزجري).

والعلة التي دفعتنا لتحديد هاته العناصر قبل العمل على حصر مجال المصالحة الجنائية راجعة أساسا إلى تفرق النصوص التي أجازت الصلح في صلب تشريعات خاصة وإغفال المشرع في بعض الحالات إطلاق وصف «مصالحة جنائية» على بعض الحالات، لذا حاولنا تحديد هاته العناصر الموضوعية للاحتكام إليها في حالة وقوع التباس في تصنيف ممارسة إدارية زجرية هل تدخل ضمن خانة المصالحة الجنائية أم لا. خصوصا وان المصالحة تجد مجالها في صلب قوانين خاصة ومتفرقة، فضلا عن طابعها التقني وخروج أغلب أحكامها عن المبادئ الجنائية العامة.

---

(1) Causse : Op. Cit, p. 45

المطلب الثاني: المجالات الجنائية التي أجاز المشرع التصالح بشأنها:

يلاحظ من خلال الرجوع إلى مجموعة من القوانين الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة أنه يمكن تقسيمها إلى صنفين بحسب الآثار التي رتبها المشرع على هذه المصالحة أو الوقت الذي يجوز فيه اللجوء إليها؛ فهناك مجالات سمح فيها القانون باللجوء إليها سواء قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور حكم نهائي في النازلة، بينما لم يسمح بإبرامها في حالات أخرى إلا قبل إثارة الدعوى العمومية فقط، وهذا ما سيتم التطرق إليه في بندين:

البند الأول: المجالات التي أجاز القانون التصالح بشأنها قبل صدور حكم قضائي نهائي في النازلة وبعده.

البند الثاني: المجالات التي حصر القانون التصالح بشأنها في مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية.

البند الأول: المجالات التي أجاز القانون التصالح بشأنها قبل صدور حكم قضائي نهائي في النازلة وبعده

من خلال الاطلاع على النصوص الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة يلاحظ أن بعض هاته النصوص قد وسعت من مدى وقوة المصالحة الجنائية في بعض المجالات، خاصة منها تلك التي تمس الجانب المالي والبيئي، إضافة إلى مجالات أخرى مختلفة. وينبع هذا التوسيع أساسا من فلسفة تجريم هذه المجالات، حيث الاعتقاد السائد هو أن هاته الجرائم لا تثير الشعور العام ولا تحدث الاضطراب اجتماعي بمفهومه الضيق، ولهذا فقد أجاز المشرع التصالح بشأنها سواء قبل إثارة الدعوى العمومية، أو بعد إثارتها وقبل صدور حكم نهائي في النازلة، أو حتى بعد صدور حكم قضائي نهائي.

ويمكن ذكر أهم هذه المجالات كما يأتي:

- **الجمارك والضرائب غير المباشرة**: الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف رقم -339 -77 1 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977)، كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم -02 99 المصادق عليه بالظهير الشريف رقم -1 -00 222 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)[1]،

- **مخالفات ضوابط الصرف**: الفصل 11 من ظهير 30 غشت 1949 المتعلق بزجر مخالفات ضوابط الصرف[2]،

- **التبغ**: المادة 26 من الظهير الشريف رقم -53 -03 1 الصادر بتاريخ 24 مارس 2003 بتنفيذ القانون رقم -02 46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع[3].

- **حفظ الغابات واستغلالها**: الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها[4]،

- **القنص**: الفصل 22 مكرر من ظهير 21 يوليوز 1923 يتعلق بمراقبة الصيد كما وقع تعديله وتتميمه[5]،

- **الصيد في المياه الداخلية**: الفصل 33 من ظهير 11 أبريل 1922[6]،

- **الصيد البحري**: الفصل 53 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم -255 -73 1 الصادر بتاريخ 23 نونبر 1973 المتعلق بتنظيم الصيد البحري[7]،

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 وتاريخ -15 -06 2000.
(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1929 المؤرخة في 14 أكتوبر 1949، ص 1903.
(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5096، وتاريخ 3 أبريل 2003، ص 1090.
(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 262 وتاريخ 29 أكتوبر 1917، ص 1151.
(5) المنشور بالجريدة الرسمية عدد537 وتاريخ -14 -08 1923، ص 537.
(6) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 476.
(7) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3187 وتاريخ 28 نونبر 1973، ص 3815.

- **الوقاية من الصيد غير القانوني وغير المصرح به وغير المنظم ومحاربته:** المادة 33 من القانون رقم 15.12 المتعلق بالوقاية من الصيد غير القانوني وغير المصرح به وغير المنظم ومحاربته[1].

- **المحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات:** المادة 55 من القانون رقم 80-22 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-80-341 بتاريخ 17 صفر 1401موافق 25 دجنبر 1980[2].

- **الأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد:** الفصل 11 من الظهير شريف في تغيير الظهير الشريف الصادر بتاريخ 3 رجب 1343 (28 يناير 1925) يتعلق بالأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد[3].

وجدير بالذكر أن مفهوم الحكم النهائي في مجموعة من النصوص التي أجازت المصالحة تفيد أن الأمر يتعلق بصدور قرار غير قابل لأي طعن من طرق الطعن العادية، كما أن بعض هذه المجالات نصت على صدور حكم فقط بإطلاق الوصف.

البند الثاني: المجالات التي حصر القانون التصالح بشأنها في مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية:

بعد أن تطرقنا للجرائم التي أجاز المشرع التصالح بشأنها سواء قبل النطق بحكم نهائي أو بعده سنتطرق لمجالات أخرى نحى المشرع بشأنها منحى آخر، حيث ضيق من وقت إبرام المصالحة بشأنها فقصره على الفترة الفاصلة بين ضبط الجريمة وإثارة الدعوى

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد الرسمية عدد 6259 بتاريخ 26 رجب 1435 (26 ماي 2014)، ص 4675.
(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد الرسمية عدد 3564 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1401 (18 فبراير 1981).
(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1347 بتاريخ 22 جمادى الثانية 1357 (19 غشت 1938)، ص 1351.

العمومية، إذ بمجرد إثارة الدعوى العمومية لا تبقى هناك إمكانية اللجوء إلى المصالحة وتبقى الدعوى العمومية قائمة إلى وقت انقضائها إما بصدور حكم يحسم النزاع أو بأحد الأسباب الأخرى لانقضائها. ولعل السبب في ذلك هو درجة مساس هاته الجرائم بالنظام العام.

وبالرجوع إلى هاته القوانين الجنائية الخاصة يلاحظ أن بعضها يتعلق بحماية المستهلك، والبعض الآخر يتعلق بتنظيم النقل البري، ومنها ما يتعلق بمجالات أخرى مختلفة، وهي كالآتي:

- **حرية الأسعار والمنافسة**: الفصل 86 من الظهير الشريف رقم -225 -00 1 الصادر في 02 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000) بتنفيذ القانون رقم -99 06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة[1].

- **تنظيم الأثمان ومراقبتها وشروط حيازة المنتجات والبضائع وبيعها**: الفصل 19 من القانون رقم 008.71 الصادر في 21 من شعبان 1391 (12 أكتوبر 1971) المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وبشروط حيازة المنتجات والبضائع وبيعها كما وقع تغييره بالقانون رقم 35.79 [2]

- **الادخار الاحتياطي**: الفصل 8 من القانون رقم 71/009 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1971 يتعلق بالمدخرات الاحتياطية[3]،

- **وحدات القياس**: الفصل 22 من ظهير شريف رقم 1.86.193 صادر في 28 من ربيع الآخر 1407 (31 ديسمبر 1986) بتنفيذ القانون رقم2.79 المتعلق بوحدات القياس كما وقع تعديله[4]؛

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810، وتاريخ 6 يوليوز 2000، ص 1941.
(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3766 بتاريخ 02/01/1985 الصفحة 33
(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3087، وتاريخ 29 دجنبر 1971، ص 3297.
(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3881 بتاريخ 17 رجب 1407 (18 مارس 1987)؛ ص 275.

- **السير على الطرق**: المادة 219 من ظهير شريف رقم 1.10.07 صادر في 26 من صفر 1431 (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق[1].

- **النقل العمومي**: الفصل 24 من الظهير الشريف رقم -260 -63 1 الصادر بتاريخ 12 نونبر 1963 بشأن النقل بواسطة السيارات عبر الطرق، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 99.16 [2].

- **النقل العمومي عبر السكك الحديدية**: الظهير الشريف رقم -110 -60 1 بشأن المحافظة على السكك الحديدية وأمنها ومراقبتها واستغلالها المؤرخ في 28/04/1961[3].

- **مراقبة الموانئ البحرية التجارية**: الفصل 31 من الظهير الشريف رقم -043 -59 1 المتعلق بمراقبة الموانئ البحرية التجارية[4].

المطلب الثالث: ملاحظات واقتراحات بشأن مجال المصالحة الجنائية:

يتبين إذن، أن المصالحة الجنائية تشمل مجالات متعددة ومهمة، وبالتالي فهي بقوة الواقع ليست استثناء من المبدأ العام، ومع ذلك لم يتدخل المشرع لوضع مبادئ قانونية تشكل إطارا ومرجعا عاما لهذه المؤسسة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يلاحظ غياب نظرة شمولية في معالجة هذه المؤسسة، وهذا ما يتجلى أساسا في تباين تصنيفها؛ ففي بعض المجالات يمكن إبرامها سواء قبل الحكم النهائي أو بعده، بينما في مجالات أخرى لا يمكن اللجوء إليها إلا قبل إثارة الدعوى العمومية، وهذا ما يخلق نوعا من الاضطراب وعدم التجانس في المبادئ والمقتضيات، وهو تصنيف غير مبرر وغير مؤسس.

وهكذا يمكن تحديد أهم الملاحظات المتعلقة بمجالات المصالحة الجنائية في الآتي:

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5824 الصادرة بتاريخ 8 ربيع الآخر 1431 (25 مارس 2010).
(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4777 الصادرة بتاريخ 13 مارس 2000، صفحة 418.
(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2533، وتاريخ 12 ماي 1961، ص 2094.
(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2533، وتاريخ 12 ماي 1961، ص 2090.

- لم يعتمد المشرع المغربي على معيار موضوعي لتبرير التمييز بين هذه المجالات، ولم يبرز علة هذا التمييز، وقد ذهب البعض إلى القول بأن التوسيع من مدى أثر المصالحة ليشمل إمكانية إبرامها حتى بعد صدور حكم نهائي في النزاع ينصب بالأساس على عينة من الجرائم ذات الطابع المالي، وأنها تتعلق بجرائم لا تثير الشعور العام لأنها جرائم اصطناعية ارتبط ظهورها بالتطور الاقتصادي الذي عرفه المجتمع وبالتالي فإن التصالح بشأنها لا يشكل أي مساس بالنظام العام[1] «، لكن هذا القول محل نظر ؛ فحتى الجرائم المالية تثير النظام العام خاصة الاقتصادي منه، فالمشرع عندما يعمد إلى تجريم تصرف معين فلأنه يشكل خطرا على الاستقرار الاجتماعي «فكل تصرف غير مشروع يعتبر خطرا من وجهة نظر المجتمع»[2]، فهذه الجرائم وإن كانت لا تثير استنكار المجتمع فهي تمس النظام العام، وهي عكس الجرائم الأخرى التي تلحق ضررا بالمجتمع انطلاقا مما يحيق بأفراده من ضرر فإنها تلحق ضررا مباشرا بالمجتمع ثم ينعكس هذا الضرر على الأفراد « فالجرائم البحرية تزعزع النظام العام ... إذ بالرغم من عدم تعامل الرأي العام معها بحساسية فإن الضرر يحيق بالاقتصاد الوطني ويمس المجتمع برمته»[3] .

وبالتالي فليس هناك مبرر موضوعي للتمييز بين هذه الجرائم من حيث توسيع أو تضييق وقت إمكانية إبرام المصالحة بشأنها.

- إن التنصيص على إمكانية إبرام المصالحة بعد صدور حكم نهائي يحسم النزاع فيما يتعلق بالجزاءات المالية، يشكل مسا بمبدأ قوة الشيء المقضي به وما يحققه من مزايا تتمثل أساسا في «الاستقرار القانوني والعدالة وكفالة الحريات»[4]، فالغرامة تعتبر عقوبة شأنها شأن الجزاءات السالبة للحرية، وإعطاء إمكانية التصالح بشأنها يعتبر مسا بقوة الأحكام القضائية النهائية.

(1) F.P. Blanc : « Droit pénal général marocain », sochpress, Casablanca, 1984, p 151

(2) Z- G.Anachkine : Problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit criminelle et droit pénal administratif ; Revue International de Droit Pénal ; p- 449

(3) Mohamed Drissi Alami : Droit Pénal Maritime ; Revue juridique et politique et économique du Maroc ; Faculté de droit Mohamed V Rabat ; n 9, 1981, p- 41

(4) سمير عالية : « قوة القضية المقضية « ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الثانية 1987 ، ص 296 .

- لم يخضع المشرع المغربي المصالحة الجنائية لأية رقابة قضائية سابقة على إبرامها حيث لم يشترط موافقة القضاء على إبرامها حتى في الحالة التي تكون فيها القضية مثارة أمام المحكمة.

ومن أجل تجاوز هذه الملاحظات أو النقائص يتعين على المشرع أن يتدخل للتقليص من هذا التباين، ويمكن اقتراح ما يلي:

أولا: إلغاء المقتضيات التي تجيز التصالح بعد النطق بالحكم النهائي نظرا لما تعرضت له هذه الإمكانية من انتقادات على اعتبار مساسها بمبدأ قوة الشيء المقضي.

ثانيا: تمديد إمكانية إبرام المصالحة بالنسبة للمجالات التي حصرتها في الفترة ما قبل إثارة الدعوى العمومية حتى بعد إثارة هذه الدعوى وقبل صدور حكم نهائي في النزاع.

ومن شأن هذا المقترح أن يحقق نوعا من التجانس بين مجالات المصالحة، كما سيؤدي إلى توحيد أحكام المصالحة من حيث إعمال آثارها، لتكون جائزة في جميع مراحل التقاضي وحتى صدور حكم نهائي في النزاع.

لكن هذا التعديل يقتضي أن يواكبه تعديل آخر يتعلق بتدعيم وضعية القضاء في مسطرة المصالحة الجنائية وذلك كما يلي:

- اشتراط ضرورة موافقة القضاء على إبرام المصالحة في حالة إثارة الدعوى العمومية، فحينما تكون القضية معروضة على أنظار المحكمة يجب أن تبقى مختصة في تقدير جسامة الجرم وخطورة المجرم وفرضها جزاءات على من يستحق ذلك حتى لا تصبح المصالحة عامل تشجيع على ارتكاب الجرائم، ومن هنا يجب إعطاء القضاء سلطة تقديرية في الاختيار بين إقرار إبرام المصالحة أو رفضها والاستمرار في الإجراءات القضائية مع تبرير وتعليل هذا الموقف والذي يمكن الطعن فيه من طرف المتضرر أمام الجهات القضائية العليا.

- أما قبل إثارة الدعوى العمومية فيبقى اختصاص تقدير ملاءمة إبرام المصالحة من عدم إبرامها للإدارة تبعا لسلطتها في تحريك الدعوى العمومية، على أن يتم ضبط وتأطير هذه السلطة بقواعد وشروط موضوعية منعا لكل تعسف من جانب الإدارة.

المبحث الثاني : آثار المصالحة الجنائية:

إذا كان القانون هو الذي يمنح حق إبرام المصالحة لبعض الإدارات العامة بشأن بعض الجرائم التي تمس بالمرفق المناط إليها أمر السهر عليه، فإن «القانون نفسه هو الذي يعين آثار هذه المصالحة»[1].

وأهم ما يميز المصالحة الجنائية هو ما تتمتع به من آثار؛ فللمصالحة أثر حاسم ومسقط فهي تحسم النزاع نهائيا حيث تؤدي إلى سقوط حق الدولة في العقاب وما يشتمل عليه من وسيلة اقتضاء هذا الحق - أي الدعوى العمومية- وكذا جميع الجزاءات الجائز التصالح عليها قانونا، إلا أن آثارها تتباين بحسب ما إذا أبرمت قبل النطق بالحكم النهائي أو بعده حيث يكون لها في الحالة الأولى مفعولا أكثر منه في الحالة الثانية فتؤدي في حالة إبرامها قبل النطق بحكم نهائي إلى سقوط الدعوى العمومية، أما في حالة إبرامها بعد صدور حكم نهائي فإنها لا تسقط الدعوى العمومية وإنما يكون من آثارها تعديل الحكم[2].

وتجدر الإشارة في البداية إلى أن هناك تباين في النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة، فهناك بعض النصوص تطرقت لصدور حكم[3] بإطلاق الوصف، وهناك نصوص أخرى

(1) هوبر كارتيري : « العقوبات « تعريب موسى عبود، مجلة القضاء والقانون عدد 65و66و67، السنة 1964، ص 191.

(2) Cogniard P. et George Brière de L'Isle : « Procédure pénal : Les Juridictions et les actions », Tome I, Armond Colin, Paris, 1971.p.147- 148

(3) ينص الفصل 74 من ظهير 10/10/1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها والممتد العمل به حتي بالنسبة للقنص والصيد في الأنهار :» ... وإذا صدر الحكم فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعاير والتعويضات المدنية...».
ينص الفصل 55 من القانون المتعلق بالمحافظة على المباني الأثرية على أنه « يحق للإدارة إبرام المصالحة بشأن المخالفات لهذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه سواء قبل صدور الحكم أو بعده... «.
ينص الفصل 11 من القانون المتعلق بالأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد على ما يلي: «يرخص لإدارة البريد والتلغراف والتيلفون أن تجري المصالحة قبل صدور الحكم أو بعده فيما يتعلق بأمور المخالفة للفصل الأول والثاني والثالث من ظهيرنا الشريف هذا».

قيدته في الحكم النهائي[1]، والظاهر هو أن المقصود في كلا الحالتين هو صدور حكم نهائي، وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن العادية.

ولمعالجة هذا الفصل سنقسمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: تأثير المصالحة على الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة.

المطلب الثاني: تأثير المصالحة على العقوبات والتدابير الوقائية.

المطلب الأول: تأثير المصالحة على الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة:

إذا كان المشرع ينص صراحة على اعتبار المصالحة الجنائية كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية فإن التساؤل يثار بخصوص تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة لها.

ولمعالجة هذا المطلب سيتم تقسيمه إلى بندين:

البند الأول: تأثير المصالحة على الدعوى العمومية.

البند الثاني: تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة.

البند الأول : تأثير المصالحة على الدعوى العمومية :

تنص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية على أن المصالحة سبب من أسباب سقوط الدعوى العمومية، وتبرز هاته الحالة بالخصوص عندما يتم التصالح والدعوى العمومية

---

(1) ينص الفصل 53 من ظهير 23/11/1973:» ... تلزم المصالحة الأطراف بكيفية لا رجعة فيها ولا يقدم في شأنها أي طعن. وينتج عن إبرامها قبل صدور الحكم النهائي إسقاط الدعوى العمومية «.
الجمارك: الفصل 273 ـ للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية. وإذا وقع الصلح وصار نهائيا قبل الحكم النهائي ترتب عليه بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة انقضاء دعوى النيابة ودعوى الإدارة. وإذا وقع بعد حكم نهائي فإنه لا يسقط عقوبة الحبس والتدبير الوقائي الشخصي المنصوص عليه في الفقرة 1 من الفصل 220 أعلاه.
الصرف: الفصل 11 : ... ويمكن وقوع المصالحة قبل الحكم الابتدائي أو النهائي أو بعده على أنه في الحالة الثانية تبقى العقوبات البدنية جارية على مرتكب الجنحة رغما من المصالحة..

قائمة ولم تنقض بأحد أسباب انقضائها.

فإبرام مصالحة قبل حكم نهائي يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية في العلاقة التي تربط بين الإدارة والمتصالح، خاصة عندما يقوم المتصالح بتنفيذ التزاماته التي التزم بها بمقتضى المصالحة - وهاته هي الحالة العادية- ففي هاته الحالة يبلغ مبدأ «الأثر المسقط» الذي تتمتع به المصالحة مداه حيث تؤثر على المسطرة الإدارية والمسطرة القضائية وتمتد آثارها إلى جميع الجزاءات سواء المالية أو الحبسية وكذا التدابير الوقائية، فتكون للمصالحة «قوة القضية المقضية»[1] في مواجهة الطرفين.

وتتجلى هاته الآثار حسب مرحلة إبرام المصالحة فيما يلي:

- يترتب عن إبرام المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية سقوط كل حق في متابعة المتصالح بخصوص نفس الأفعال المتصالح بشأنها سواء من طرف الإدارة أو من طرف النيابة العامة، وإذا ما رفعت الدعوى العمومية رغم وقوع الصلح الحائز لشروطه فإنها تعتبر دعوى باطلة لأنها رفعت بعد انقضائها وسقوطها بالصلح، ومن المعروف أن الساقط لا يعود»[2].

- وإذا أبرمت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية فيتعين على النيابة العامة أن توقف إجراءات المتابعة ويتعين على المحكمة المرفوع أمامها النزاع **أن** تحكم بسقوط الدعوى العمومية، «فإذا حكم القاضي بالعقوبة رغم الصلح فقد أخطأ في تطبيق القانون ويجوز استئناف حكمه لخطأ في تطبيق القانون»[3]، بل لا يجوز النظر في الدعوى بعد الصلح حتى ولو صدر الحكم بالبراءة»[4].

---

(1) Causse : Op.Cit.p.124
Blanc : Op.Cit.p.153
Gassin : Op.Cit.p.5
Dupré : Op.Cit.p.148

(2) أحمد رفعت خفاجي : مرجع سابق، ص : 895.
(3) أحمد رفعت خفاجي : نفس المرجع، ص 895.
- جندي عبد الملك : «الموسوعة الجنائية»، المجلد III ، دار المؤلفات القانونية، بيروت، بدون سنة، ص 584.
(4) سامي النصراوي : «أصول المحاكمات الجزائية»، الجزء I ، مطبعة دار السلام، بغداد، 1976، ص 175.

- أما إذا أبرمت المصالحة بعد صدور الحكم النهائي، فإن آثارها لا تمتد إلى الجزاءات الحبسية، ويتعين على الإدارة في هذه الحالة التوقف عن متابعة مسطرة تحصيل الجزاءات المالية، ويتم إطلاق سراح المتهم المسجون في إطار الإكراه البدني، وإرجاع الأشياء المحجوزة.

وهذا الأثر المسقط للمصالحة على الدعوى العمومية يجعلها تحقق ميزة أساسية للمتصالح تميزها عن انقضاء الدعوى العمومية بحكم يحوز على قوة الشيء المقضي به، إذ لا ينتج في الغالب عن انقضاء الدعوى العمومية بالتصالح أي من الأوصاف المرتبطة بالحكم بالإدانة فهي لا تسجل في سجل السوابق العدلي وبالتالي فهي لا تدخل ضمن العناصر «المكونة للماضي الجنائي للشخص محل المساءلة»[1]، وإن كانت بعض النصوص القانونية تعتمد عليها لمنع إبرام مصالحة أخرى، وعلى سبيل المثال المادة 31 من القانون المتعلق بمراقبة الموانئ البحرية التجارية التي تنص على أنه لا يتم إبرام المصالحة مع المخالف إذا كان نفس الشخص من جراء إحدى المخالفات المقررة في نفس القانون قد أدى ذعيرة على وجه الصلح في ظرف الاثني عشر شهرا السابق. وهناك إدارات أخرى تجعلها عامل تشديد في رفع مبلغ الجزاء التصالحي مثل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة[2].

البند الثاني: تأثيرالمصالحة الدعوى المدنية التابعة :

قد تتسبب إحدى الجرائم المتصالح بشأنها في إحداث ضرر بأحد الخواص - فردا كان أو جمعية أو نقابة مهنية- ، إضافة إلى الضرر الذي تلحقه بالمصلحة العامة[3]، ففي هاته

(1) Soyer Jean Claude : « Droit pénal et procédure pénal » Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, paris 11 éme Edition 1994 .p.199

(2) وهذا ما ينص عليه دليل التسويات التصالحية الوارد بمقتضى مذكرة السيد المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة عدد ADII/100/ 20/ D9850 بتاريخ 31 دجنبر 2020.

(3) للإجابة على التساؤل : هل تلحق المخالفات في بعض المجالات التي أجازت المصالحة (الجمرك، الزيادة غير المشروعة في الأثمان، الجرائم البيئية...) ضررا شخصيا أو أنها لا تلحق سوى ضرر عام؟
الرجوع إلى : عمر أبو الطيب : «الضرر القابل للتعويض أمام القضاء الزجري»، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، 1982، مطبوع على الآلة الكاتبة ، ص 444 وما بعدها.

الحالة هل تؤثر المصالحة على حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقته به الجريمة؟، بمعنى آخر هل تؤثر المصالحة الجنائية على الدعوى المدنية التابعة؟:

للإجابة على هذا التساؤل يتم تقسيم هذا البند إلى عنصرين:

- أولا: تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة قبل إثارة الدعوى العمومية.
- ثانيا: تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة بعد إثارة الدعوى العمومية

أولا : تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة قبل إثارة الدعوى العمومية:

حينما ترتكب مخالفة للقوانين الجنائية التي أجازت المصالحة، وقبل إثارة الدعوى العمومية هل يجوز للمطالب بالحق المدني اللجوء إلى القضاء الزجري من أجل المطالبة بالتعويض المدني أم لا يجوز له ذلك؟:

للإجابة على هذا التساؤل يمكن تصور فرضيتين:

الفرضية الأولى: وهي حالة إبرام المصالحة قبل إثارة المتابعة، ففي هذه الحالة يؤدي سقوط الدعوى العمومية إلى سقوط حق المطالب بالتعويض المدني في اللجوء إلى القضاء الزجري ولا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، فمن «الشروط الجوهرية لقبول دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري عدم انقضاء الدعوى العمومية[1]، لذا فإنه من غير الممكن تصور إعطاء المتضرر مكنة اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض المدني حينما يتم إبرام مصالحة قبل المتابعة[2].

(1) Drissi Alami Machichi : finalité de l'action civile dans sa signification pénale, revue de la sûreté nationale, n : 159,1989, p. 7

(2) Raymond Gassin : op . cit .p. 7

وقد تبنى المشرع المغربي هذا الرأي بمقتضى المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية التي تشترط لبقاء اختصاص القضاء الزجري بنظر دعوى التعويض المدني رغم سقوط الدعوى العمومية أن تكون المحكمة الزجرية «تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا»، فسقوط الدعوى العمومية قبل رفع دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري يجعل هذا الأخير غير مختص بالنظر في دعوى التعويض ويتعين على المتضرر أن يلجأ إلى القضاء المدني «ويتعين على المحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص في نظر دعوى التعويض المدني وإلا عرضت قرارها للنقض[1].

- **الفرضية الثانية:** قبل إبرام المصالحة وقبل إثارة الدعوى العمومية من طرف الإدارة المعنية هل يجوز للمتضرر رفع دعوى التعويض أمام القضاء الزجري وبالتالي إثارة الدعوى العمومية أم أن «احتمال» إبرام مصالحة سيحجب حقه في اللجوء إلى القضاء الزجري؟:

يثار هذا التساؤل خاصة بالنسبة للمجالات التي لم تجز إبرام مصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية حيث إن المطالبة بالحق المدني أما القضاء الزجري ستؤدي إلى إثارة الدعوى العمومية وبالتالي ستحرم الإدارة من حقها في تقدير مدى ملاءمة إثارة الدعوى العمومية أو إبرام مصالحة، أما المجالات الأخرى التي أجازت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية فإن المطالبة بالتعويض المدني أمام القضاء الزجري لن تشكل مسا بحقوق الإدارة إذ بإمكان هاته الأخيرة إبرام مصالحة حتى بعد إثارة الدعوى العمومية.

وإجابة على التساؤل أعلاه صدر قرار عن الغرفة الجنائية الفرنسية بتاريخ 19 نونبر 1959 arrêt Milhaud بخصوص الجرائم الاقتصادية، ذهب إلى حرمان المتضرر من اللجوء إلى

(1) هذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بخصوص سقوط الدعوى العمومية بالتقادم قبل عرضها على المحكمة : قرار المجلس الأعلى عدد 2677 بتاريخ 20 مارس 1989، منشور ب: إدريس ملين مجموعة قرارات المجلس الأعلى : المادة الجنائية، 1981/1995، مرجع سابق، ص 298 .

القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض المدني، ومن بين التبريرات المعتمدة لهذا الرفض هو «احتمال إبرام المصالحة من طرف الإدارة».

وقد أيد بعض الفقه هذا القرار وعلل ذلك بالاستناد على الطبيعة الخاصة للمسطرة الإدارية في هاته المجالات، حيث تؤدى المصالحة المبرمة بوجه صحيح إلى وضع حد لكل متابعة قضائية، فمادام المشرع قد سلب من النيابة العامة حقها في إثارة الدعوى العمومية في هاته المجالات فإن ذلك يبرر أكثر منع المتضرر من اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض وإثارة الدعوى العمومية»[1].

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب البعض الآخر في معرض تعليقه على نفس القرار المشار إليه أعلاه إلى أن المحكمة قد جانبت الصواب، وأن هذا القرار يشكل اعتداء على الدعوى المدنية التابعة لأنه إذا تم منع المطالب بالحق المدني من اللجوء إلى القضاء الزجري، فإن ذلك سيؤدي إلى انتشار الجرائم غير المتابع عنها أو غير المعاقب عليها، خصوصا وأن الجرائم الاقتصادية لا تثير الشعور العام وقد تتهاون الإدارة في المتابعة، لذا فلا يجب حرمان المتضرر من اللجوء إلى المحكمة الزجرية للمطالبة بحقه المدني وبالتالي إثارة الدعوى العمومية تبعا لذلك»[2].

وقد تبنت المحكمة العليا الفرنسية لاحقا قرارا مخالفا لقرارMilhaud ، وذلك في قرار ها الصادر بتاريخ 22 يناير 1970 إذ اعتبرت أن «احتمال انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة لا يمكن أن يكون حاجزا أمام قبول دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري[3]، وهذا ما تم تكريسه تشريعيا في فرنسا حيث تم التنصيص عليه صراحة الفصل 45 من القانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 1973.

---

(1) Crim19 Novembre 1959. Cour de Cassation. Chambre .Crim. Juris Classeurs Périodiques. 1960. 11448. Note Pierre Chambon.

(2) Crim 19 Novembre 1959. Recueil Dalloz Sirey. 1960. Note Georges Durrey, p 467.

(3) Cass. Crim., 22 janvier 1970, Juris- classeurs périodiques, 1970.II.16326, Note Guérin Henri.

ونعتقد أنه بالنسبة للمغرب وفي غياب نص صريح يحسم هذا الإشكال فمن الأفضل التمييز بين مجالات المصالحة الجنائية:

- بالنسبة للمجالات التي أجاز فيها المشرع التصالح سواء قبل إثارة المتابعات أو بعدها فإنه يمكن للمتضرر من الجريمة أن يلجأ إلى القضاء الزجري، متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية[1]، للمطالبة بالحق المدني، لأن ذلك لن يحرم الإدارة من حقها في إبرام المصالحة وسيحقق المصلحة المرجوة من وراء إعطاء المتضرر الحق في إثارة الدعوى العمومية.

- أما في المجالات التي أجازت المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية فقط فإن تخويل المتضرر حق إثارة هاته الدعوى سيتعارض والحقوق المخولة للإدارة في إنهاء الدعوى العمومية بالصلح أو بإثارة الدعوى العمومية بطلب، وبالتالي فإذا كان المشرع قد حرم النيابة العامة من حقها في إثارة الدعوى العمومية فسيكون من باب أولى عدم تمكين المتضرر من المخالفة من هذا الحق الذي حرمت منه النيابة العامة.

ويبقى الحل الأنسب هو تدخل المشرع لحل هاته الإشكالات بنصوص صريحة كما فعل في حالة سقوط الدعوى العمومية بعد ثبوت اختصاص المحكمة الزجرية بنظر الدعوى المدنية التابعة لها (المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية).

ثانيا: تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة بعد إثارة الدعوى العمومية:

هل يؤثر إبرام مصالحة بخصوص الدعوى العمومية القائمة على مصير الدعوى المدنية

(1) تنص المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: «يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة.
يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات علي الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي.
يمكن للدولة وللجماعات المحلية أن تتقدم بصفتها طرفا مدنيا، لمطالبة مرتكب الجريمة بأن يرد لها المبالغ التي طلب منها دفعها لموظفين أو لذوي حقوقهم طبقا للقانون الجاري به العمل».

التابعة لها، بمعنى هل يظل القضاء الزجري مختصا بنظر دعوى التعويض المدني المرفوعة إليه جنبا إلى جنب مع الدعوى العمومية رغم انقضاء هاته الأخيرة بالمصالحة؟

لقد حسمت المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية هذا الإشكال بتنصيصها على أنه : «إذا كانت المحكمة الزجرية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا، فإن وقوع حوادث مسقطة للدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الزجرية»، فقد أخذ القانون المغربي بفكرة استقلال كل من الدعويين عن بعضهما بمجرد وضع المحكمة الزجرية يدها عليهما[1]، ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية يتحدد وقت إقامة هذه الدعوى، فإذا ثبت اختصاصها في ذلك الوقت بقيت مختصة بها حتى يفصل فيها، ولا يتأثر ذلك بما يمكن أن يطرأ بعد ذلك من عوامل قد تؤثر على هذا الاختصاص»[2]، ويرجع السبب في ذلك إلى حرص المشرع المغربي «على سرعة البت في القضايا وتفادي تكرار الإجراءات نتيجة تنقل الملف من محكمة إلى أخرى سيما إذا حدث سبب انتهاء الدعوى العمومية في المرحلة النهائية للإجراءات»[3].

المطلب الثاني : تأثير المصالحة على العقوبات والتدابير الوقائية:

تنص المجالات الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة على مجموعة من الجزاءات وهي إما سالبة للحرية أو سالبة للحقوق، كما قد تكون جزاءات مالية أو جزاءات إدارية، أو تدابير وقائية، فهل تؤثر المصالحة على مجموعة هاته الجزاءات؟، وهذا ما يتم التطرق إليه كما يلي:

(1) يتحقق عرض الدعوى العمومية على المحكمة بتسليم المتهم الاستدعاء بالحضور أمام المحكمة الزجرية قبل حدوث سبب السقوط كما تعتبر الدعوى المدنية معروضة على المحكمة بتقديم المذكرة المنصوص عليها في المادة 349 من قانون المسطرة الجنائية أو بالتصريح شفويا في الجلسة بالمطالبة بالحق المدني.

(2) مصطفى مجدي هرجة : «الادعاء المباشر والدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي وحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني»، المطبعة بدون، الطبعة الأولى، ص 71- 72.

(3) أحمد الخمليشي : « شرح قانون المسطرة الجنائية»، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، النسخة الثالثة، 1988، ص 229.

البند الأول: تأثير المصالحة على العقوبات السالبة للحرية،

البند الثاني: تأثير المصالحة على الجزاءات المالية،

البند الثالث: تأثير المصالحة على الجزاءات الإدارية والسالبة للحقوق،

البند الرابع: تأثير المصالحة على التدابير الوقائية وخاصة المصادرة.

البند الأول: تأثير المصالحة على العقوبات السالبة للحرية

إن تأثير المصالحة الجنائية على العقوبات الحبسية هو الذي يجعلها تظهر كمؤسسة ملفتة للنظر، وذلك لوقوعها على جرائم تمس النظام العام، إلا أن تأثيرها على هاته العقوبات ليس مطلقا وإنما مشروط بعدم صدور حكم نهائي في النزاع.

أولا: المصالحة قبل الحكم النهائي:

يؤدي إبرام المصالحة قبل الحكم النهائي إلى سقوط الدعوى العمومية في جميع أجزائها أي سواء تعلقت بعقوبات حبسية أو مالية، ولم يقيد المشرع سلطة الإدارة في اللجوء إلى المصالحة بأية قيود أو شروط باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 219 من ظهير شريف رقم 1.10.07 صادر في 26 من صفر 1431 (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق[1]، والفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ البحرية التجارية[2].

(1) تنص المادة 219 من مدونة السير على الطرق على منع إمكانية التصالح في الحالات التالية: - في حالة العود، وإذا تعلق الأمر بمخالفات من الدرجة الأولى؛ وإذا سبقت المخالفة جنحة أو صاحبتها أو أعقبتها ؛ وإذا ارتكب الفاعل عدة مخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه، تمت معاينتها في آن واحد، من بينها واحدة على الأقل لا يمكن أن تكون موضوع مصالحة.

(2) ينص الفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ البحرية التجارية على أنه: إذا أثبتت مخالفة لمقتضيات ظهيرنا الشريف هذا ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 34 بعده أمكن لمدير الميناء أن يقترح على مقترف المخالفة أن يؤدي فورا للعون المقرر ذعيرة على وجه الصلح تقل في جميع الأحوال عن أقصى الذعيرة المقررة.
ويكون من شأن مفعول هذا الدفع إيقاف كل متابعة. ولا تطبق المقتضيات السابقة في الحالتين الآتيتين: 1 - إذا كانت المخالفة المثبتة تعرض مقترفها إما لعقوبة غير عقوبة مالية وإما لتعويض الأضرار اللاحقة بالأشخاص أو بالأموال؛ 2 - إذا كان نفس الشخص من جراء إحدى المخالفات المقررة في ظهيرنا الشريف هذا قد صدر في حقه حكم جنائي أو أدى ذعيرة على وجه الصلح في ظرف الاثني عشر شهرا السابق.

وقد تعرضت المصالحة في هذا الجانب لأهم الانتقادات التي لحقت بها؛ إذ كيف يعقل أن تؤدي المصالحة إلى انقضاء الدعوى العمومية أصلا، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بجزاءات حبسية تمس النظام العام والتي لا يسع حتى النيابة العامة- ممثلة المجتمع- أن تتنازل عنها، إضافة إلى الشعور الذي تخلفه لدى العامة والمتمثل في الاعتقاد بإمكانية شراء العقوبات الحبسية بمبلغ مالي، لذا ذهب البعض إلى اقتراح قصر آثار المصالحة على المخالفات المعاقب عليها بجزاءات مالية دون الجزاءات الحبسية»[1]، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ البحرية التجارية الذي ينص على عدم جواز إبرام المصالحة إذا كانت الجريمة معاقب عليها بعقوبة غير العقوبة المالية.

وامتداد آثار المصالحة قبل الحكم النهائي إلى جميع الجزاءات سواء الحبسية منها أو المالية، هو الذي يعطي لخيار التصالح جاذبية بالنسبة للمتصالح ويدفعه دفعا للسعي من أجل إبرامها تفاديا للجوء إلى مسطرة قضائية غير مأمونة العواقب.

وكنتيجة لهذا الأثر يتعين إطلاق سراح المتصالح إن كان معتقلا بمناسبة ارتكابه الجريمة موضوع التصالح، وتختص النيابة العامة - كأصل- في القيام بذلك لأن «الإفراج عن المتهم بعد إبرامه المصالحة، يكون بحكم القانون ولا يحتاج بتاتا إلى إقرار قضائي على يد المحكمة ولو كانت القضية تحت نظرها...، لكن إذا تمت المنازعة من طرف النيابة العامة في الصبغة القانونية للمصالحة أمكن حينئذ اللجوء إلى المحكمة المنشور أمامها موضوع التهمة للبت في الموضوع ولا يتم الإفراج عن المعتقل إلا بعد الإعلان قضائيا عن سقوط الدعوى العمومية»[2]، ويمكن للنيابة العامة أن تنازع مثلا في الصبغة القانونية للمصالحة إذا ما ارتأت أن المصالحة لم تبرم من طرف الجهة الإدارية المختصة أو أن

---

(1) Duprè: Op. Cit.p.55.
Causse : Op.Cit.p.116- 119

(2) حمو مستور : آثار المصالحة في الميدان الزجري»، مجلة المحاكم المغربية، عدد 53، يناير – فبراير 1988، ص65.

القانون لا ينص على جواز التصالح بخصوص الجريمة المتابع بشأنها.

ثانيا: المصالحة بعد الحكم النهائي:

لم يبح أي نص من التشريعات الجنائية التي أجازت المصالحة امتداد آثار المصالحة بعد الحكم النهائي إلى العقوبات الحبسية، فهناك من النصوص ما نصت على «إبقاء العقوبات البدنية» (فصل 11 من ظهير 1949 المنظم للصرف)، أو «إبقاء عقوبة الحبس» (فصل 273 من المدونة الجمركية)، وهناك ما ذهبت إلى قصر آثار المصالحة بعد الحكم النهائي على «العقوبات المالية والتعويضات المدنية» (الفصل 74 من ظهير 1917 المنظم للغابات والمعمول به حتى بالنسبة للقنص والصيد في الأنهار والفصل 53 من ظهير 1973 المنظم للصيد البحري) مما يفيد عدم شمولها للعقوبات الحبسية.

وقد بررت الأستاذة كوس ذلك في كون الأخذ بامتداد آثار المصالحة بعد الحكم النهائي إلى العقوبات الحبسية يتعارض وحق العفو، إذ لا يجوز أن تحل الإدارة محل رئيس الدولة في ممارسة حق العفو، إلا في حالة التنصيص على ذلك بنص قطعي وصريح»[1].

وتجدر الإشارة على ان المصالحة تؤثر على الإكراه البدني، لأن هذا الإجراء لا يعتبر عقوبة وإنما وسيلة إجبار من أجل الأداء، وتأثير المصالحة الجنائية على هذا الإجراء لا يعتبر تأثيرا على العقوبات الحبسية التي لا تجوز بعد صيرورة الحكم نهائيا، وإنما على وسيلة إكراه وإجبار لأداء غرامة جنائية، فإذا سقطت الغرامة موضوع الإكراه البدني بالتصالح سقط بالتالي الإكراه البدني الرامي إلى تحصيلها»[2].

(1) لأن القوانين الجنائية الخاصة الفرنسية المعمول بها حاليا قد منعت إبرام مصالحة بعد النطق بحكم نهائي يحسم النزاع.

(2) Pageaud P.A : « Contrainte par corps », Encyclopédie Dalloz pénal V.p.9.

البند الثاني : تأثير المصالحة على الجزاءات المالية :

تتمثل الجزاءات المالية في الغرامة أساسا، لذا فإننا سنبحث تأثير المصالحة عليها، على أنه وزيادة في التوسع سيتم التطرق لتأثير المصالحة على المصاريف القضائية، وعلى الغرامة التهديدية:

أولا: تأثير المصالحة على الغرامة :

الغرامة هي الجزاء الأساسي المطبق في المجالات التي أجازت المصالحة، وتؤثر المصالحة على الجزاءات المالية سواء أبرمت قبل النطق بالحكم النهائي أو بعده، وإذا كانت الحالة الأولى لا تثير أي إشكال يذكر إذ أن الأثر الطبيعي للمصالحة قبل الحكم النهائي هو الجزاءات المالية، إلا أن تأثيرها على هاته الجزاءات بعد النطق بالحكم النهائي قد يثير بعض التحفظات، فالغرامة شأنها شأن الجزاءات السالبة للحرية «عقوبة»، وإذا كان يغلب عليها في بعض هاته المجالات طابع التعويض المدني فهي ليست تعويضات مدنية بالمعنى الدقيق ولا يمكن إنكار طابعها الزجري خاصة عندما يتم الحكم بها ولو لم تحدث المخالفة أي ضرر مادي بخزينة الدولة. وهنا فإن المصالحة بعد الحكم النهائي تمس بقوة الأحكام القضائية.

ثانيا: تأثير المصالحة على المصاريف القضائية :

في حالة إبرام مصالحة مع الإدارة المختصة بعد إثارة الدعوى العمومية أمام القضاء هل تنصب هاته المصالحة حتى على المصاريف القضائية ويتحلل منها المتصالح أم تظل على كاهله ويلزم بأدائها؟

يري الدكتور سامي النصراوي بأنه يترتب عن المصالحة «نفس الأثر الذي يترتب على

الحكم بالبراءة أي يؤدي إلى انقضاء حق الدولة في العقاب وما يشتمل عليه من العقوبات الأصلية والفرعية وكذلك المصاريف المتعلقة بالدعوى العمومية»[1].

وفي المغرب، ذهبت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) في نفس الاتجاه؛ حيث قضت بأن «المصالحة الجمركية المبرمة بدون تحفظ أثناء سريان المتابعة بين إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة والظنين تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية وكذا دعوى الإدارة، وتمنع على المحاكم الزجرية الحكم على الظنين بأداء المصاريف القضائية بعد إبرام المصالحة»[2]، ويتعلق هذا الاجتهاد بإبرام المصالحة قبل صدور الحكم، بحيث لا يمكن الحكم على الظنين بالمصاريف ما دام أن الدعوى قد انقضت بالتصالح وليس بالحكم.

أما في حالة إبرام المصالحة بعد الحكم سواء كان نهائيا أم لم يكن كذلك، فإن المصاريف يتحملها المتصالح، ما دام أن الفصل 277 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة ينص صراحة على أنه: «في حالة إبرام مصالحة، لا يمكن بأي وجه من الوجوه أن تتحمل الإدارة المصاريف القضائية المحتملة».

أما في فرنسا فإن إبرام مصالحة «لا يعفى المتصالح من أداء مصاريف الدعوى»[3] إذ أن المصالحة بعد الحكم النهائي وإن كانت تؤدي إلى سقوط الجزاءات المالية المحكوم بها فإنها لا تؤثر على الصوائر القضائية التي تظل واجبة التحصيل»[4].

(1) سامي النصراوي : « أصول المحاكمات الجزائية»، مرجع سابق، ص 175.
(2) La revue marocaine du droit n° 8, octobre 1965, Jurisprudences de la cour suprême (chambre criminelle), p 346.
(3) Escande Pièrre «Action publique : Extinction », Juris classeurs (Procédure pénale), Edi. Technique 1992 .p.16
(4) Pageaud P.A : « Contrainte par corps », Encyclopédie Dalloz pénal V.p.9.

ثالثا: تأثير المصالحة على الغرامة التهديدية:

انطلاقا من طبيعتها كوسيلة إكراه تهدف إلى ردع الامتناع عن تنفيذ الحكم وتستخلص حسب خطورة غلط المدين الممتنع وحسب إمكانياته[1]، فلا يمكن اعتبار الغرامة التهديدية عقوبة، فهي وسيلة إكراه فقط تهدف لدفع الملتزم الممتنع إلى تنفيذ حكم قضائي، لذا فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي، مؤيدا موقف محكمة النقض الفرنسية وفي إطار تعليقه على قرار لها صادر بتاريخ 8 يناير 1964، إلى أن المصالحة لا تؤثر على الغرامة التهديدية على اعتبار أن هاته الأخيرة ليست عقوبة، فلا يمكن اعتبارها لا عقوبة إضافية ولا عقوبة تكميلية، وإنما هي وسيلة تنفيذ تهدف إلى إجبار المحكوم عليه على تنفيذ الحكم وبالتالي فهي لا تنقضي ولا تسقط بإبرام مصالحة [2].

ويستند هذا الرأي على الطبيعة المدنية للغرامة التهديدية، لكن الإشكال قد يثار بشأن بعض المقتضيات الخاصة التي تنص على الغرامة التهديدية والتي تضفي عليها طبيعة خاصة، فبالرجوع إلى الغرامة التهديدية الواردة في الفصل 301 من مدونة الجمارك[3]، الذي ينص على إمكانية فرض غرامات تهديدية على المخالفين الممتنعين عن تقديم الدفاتر والسجلات والأوراق والوثائق التي يطلبها أعوان إدارة الجمارك بمناسبة قيامهم بمهامهم، وذلك بمعزل عن العقوبات الأخرى. فهذه الغرامة ليست لها طبيعة مدنية، وإنما يطغى

(1) أدولف ريولط : المسطرة المدينة في شروح « : ، تعريب إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، دار النشر المعرفة، الرباط، 1996. ص. 367.

(2) Mazard Jean (Note) : Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 Février 1964, Arrêt Andieu, recueil Dalloz, Serey, Serey 1964, page 376

(3) ينص الفصل 301 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة على ما يأتي : 1- ما لم تكن هناك قوة قاهرة تعود لأسباب طبيعية يتم تبريرها وبصرف النظر عن الغرامة المستحقة عملا بمقتضيات الفصل 293 أعلاه، يمكن إجبار كل مخالف لمقتضيات الفصل 42 - 1 من هذه المدونة على تقديم الدفاتر أو السجلات المبوبة أو الأوراق أو الوثائق غير المسلمة وإلا تعرض لغرامة تهديدية يبلغ مقدارها الأقصى 500 درهم عن كل يوم من التأخير. 2- تحسب مدة هذه الغرامة التهديدية بعد مضي 48 ساعة على الإنذار المسلم من طرف الإدارة ولا تنتهي إلا في اليوم الذي يتأتى فيه للإدارة الحصول على الوثائق المطلوبة تسليمها. 3- كل نزاع في استحقاق أو حساب الغرامة التهديدية يجب أن يرفع في ظرف عشرة أيام إلى رئيس المحكمة المختصة المنعقدة في شكل محكمة للمستعجلات. 4- إن مقدار المبلغ الواجب برسم الغرامة التهديدية يصفى كما هو الشأن في رسوم الجمرك ما عدا في حالة الطعن المنصوص عليه أعلاه».

عليها الطابع الإداري[1]، فهي «جزاء إداري» صادر عن إدارة الجمارك، يصفى كما هو الشأن في رسوم الجمرك ما عدا في حالة المنازعة حول استحقاق أو حساب هذه الغرامة وذلك أمام رئيس المحكمة المختصة المنعقدة في شكل محكمة المستعجلات.

فالغرامة التهديدية الواردة في المادة الجمركية هي (جزاء) وليست عقوبة، فهي ناتجة عن عدم انصياع المكلف للطلب المقدم إليه من طرف أعوان إدارة الجمارك بتقديم الدفاتر والسجلات والأوراق والوثائق، وهي (جزاء إداري) لأن الإدارة هي من يتولى تصفية مبلغها وفق نفس الإجراءات المتعلقة باستخلاص رسوم الجمرك، ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي بشأنها. وبالتالي يمكن القول أنها تسقط بالمصالحة ما باعتبارها جزاء إضافيا يسقط في حالة سقوط الجزاء الأصلي أو الجريمة الأصلية إذ أن التابع يتبع المتبوع في الحكم. كما يتماشى هذا الرأي مع الغرض من المصالحة والتي تهدف إلى حسم المنازعة وكافة آثارها، وهذا ما يجعلها تسقط بالمصالحة.

البند الثالث : تأثير المصالحة على الجزاءات الإدارية والجزاءات السالبة للحقوق :

بالنسبة للجزاءات الإدارية، فقد خولت مجموعة من القوانين الجنائية الخاصة لبعض الإدارات الحق في فرض جزاءات إدارية[2] على المخالفين، حيث يمكن لمسؤول الإدارة في هاته المجالات النطق بهاته الجزاءات دون اللجوء إلى القضاء، والسؤال المطروح هو هل تؤثر المصالحة على هاته الجزاءات؟

تطرق الفصل 26 من القانون 12/10/1971 المتعلق بالزيادة غير المشروعة في الأثمان لهذه

(1) لمن أراد التوسع الرجوع إلى مقالنا:
- محمد الشلي، الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية في المادة الجمركية»، مجلة القصر، العدد 25، سنة 2010.

(2) المادة 22 من القانون 12/10/1971 المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وقد أرجع اختصاص النطق بهاته الجزاءات إلى عامل الإقليم.
- المادة 36 من ظهير 23/11/1973 المتعلق بالصيد البحري قد أرجع اختصاص إصدار هاته الجزاءات إلى رئيس القيادة البحرية.

النقطة، حيث نص على: «أن المقرر الصادر على المخالف بأداء المبالغ المقررة في الفقرة 2 من الفصل 23 برسم غرامة إدارية تعتبر سندا للتنفيذ ما لم تبرم مصالحة بذلك طبق الشروط النصوص عليها في هذا القانون» مما يستفاد منه تأثير المصالحة على هاته الجزاءات، وهذا ما جرت عليه عادة باقي الإدارات الأخرى، وهو حل منطقي إذ « من المؤكد أن إبرام المصالحة لا يتلاءم والنطق بهاته الجزاءات»[1].

أما بالنسبة للجزاءات السالبة للحقوق، فقد نص الفصل 53 من ظهير 23/11/1973 المتعلق بتنظيم الصيد البحري «...ولا يمكن أن تشمل المصالحة بعد صدور الحكم إلا العقوبات المالية والتعويضات المدنية».

كما ينص الفصل 74 من ظهير 10/10/1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها والممتد العمل به حتى بالنسبة للقنص والصيد في الأنهار:» ... وإذا صدر الحكم فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعائر والتعويضات المدنية...».

ويلاحظ أن هاته النصوص قد قصرت آثار المصالحة بعد الحكم على الجزاءات المالية والتعويضات المدنية فقط، ويؤدي بنا التفسير الضيق لهاته النصوص إلى القول بعدم جواز امتداد آثار المصالحة إلى الجزاءات السالبة للحقوق الممكن النطق بها في حق المخالف.

إلا أنه بالرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة (الفصل 273)، وظهير 30 غشت 1949 المتعلق بزجر مخالفات ضوابط الصرف (الفصل 11) يلاحظ أن المشرع المغربي قد سلك مسلكا آخر بخصوص الصياغة القانونية حيث ينص على أن المصالحة بعد الحكم النهائي «تبقي العقوبات البدنية جارية على مرتكب الجنحة رغم إبرام المصالحة «. وأخذا بمفهوم المخالفة فإن جميع الجزاءات الأخرى تسقط بإبرام المصالحة ومن بينها الجزاءات السالبة للحقوق.

(1) Causse : Op.Cit.p.163

البند الرابع: تأثير المصالحة على التدابير الوقائية وخاصة المصادرة:

ينص الفصل 93 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على أن المصالحة الجنائية هي سبب من أسباب انقضاء التدابير الوقائية، إلا أن المشرع لم يحدد في أي من النصوص الجنائية الخاصة كيفية تطبيق ذلك مما جعل البعض يذهب إلا أن «هذه الفرضية، أي سقوط التدابير الوقائية بالمصالحة، خالية من كل تطبيق عملي»[1]، إلا أنه بالرجوع إلى مدونة الجمارك المغربية يلاحظ أنها تنص صراحة في الفصل 273 على تأثير المصالحة على بعض التدابير الوقائية[2].

غير أن الإشكال يثار بشأن تأثير المصالحة الجنائية على المصادرة، وذلك بالنظر إلى الخصوصيات التي تميز المصادرة في القوانين التي أجازت المصالحة؛ فهي «ليست لها دائما نفس الطبيعة؛ فهي أحيانا عقوبة وأحيانا تدبيرا وقائيا وقد تكون مجرد تعويض مدني»[3]، وتعتبر المصادرة عقوبة إذا وردت على أشياء غير خطرة ومشروعة الحيازة بقصد نزع ملكية الجاني عنها، وتكون تدبيرا وقائيا إذا انصرفت إلى أشياء ممنوعة في حد ذاتها، وتعتبر المصادرة تعويضا إذا آلت حصيلتها إلى المضرور من الجريمة[4].

وهنا يظهر أن تأثير المصالحة على المصادرة يتباين ويختلف بحسب طبيعة الأشياء المصادرة وشروط المصالحة:

---

(1) دليل القانون الجنائي «؛ منشورات وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، ص : 73.
(2) وهاته التدابير هي :
- منع الدخول إلى المكاتب والمخازن والساحات الخاضعة لحراسة الجمرك؛
- سحب رخصة قبول المعشر في الجمرك أو الإذن في الاستخلاص الجمركي ؛
- الحرمان من الاستفادة من الأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمارك ؛
- المنع من استخدام النظم المعلوماتية للإدارة ؛
- سحب رخصة استغلال مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي.
و يمكن أن تتخذ هذه التدابير على إثر ارتكاب جنح أو مخالفات للتشريع الجمركي أو مخالفات للحق العام بموجب قرار قضائي أو إداري حسب الحالة طبقا للشروط المنصوص عليها في مدونة الجمارك.
(3) المكي السنتيسي : تدابير الوقائية في التشريع الجنائي المغربي»، أطروحة دكتوراة في الحقوق، جامعة محمد ، الرباط 1968 صفحة 111، مطبوع على الآلة الكاتبية.
(4) لمن أراد التوسع الرجوع إلى : علي فاضل حسن : نظرية المصادرة في القانون الجنائي المقارن»، عالم الكتب، القاهرة، 1973.

* في الحالة التي يكون فيها للمصادرة طبيعة عقوبة[1] أو طبيعة تعويض[2] : - إذا تم إبرام المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية فلا يجوز الحكم بالمصادرة لأن الدعوى العمومية تكون قد انقضت، - وإذا تمت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية وقبل صدور حكم نهائي فإن المصادرة تسقط بسقوط الدعوى العمومية، - إذا أبرمت المصالحة بعد صدور حكم نهائي فإن ذلك يؤدي إلى سقوط المصادرة وإرجاع السلع والبضائع إلى أصحابها إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، إذ يمكن للإدارة أن تتصالح مع المخالف وتشترط عليه في وثيقة الصلح تخليه عن الأشياء المصادرة لفائدة الإدارة، هذا في حالة ا إذا كان للمصادرة طبيعة تعويض مدني، أما إذا كان للمصادرة طبيعة عقوبة فإن المصالحة لا تشملها في المجالات التي حصرت آثار المصالحة بعد الحكم على الجزاءات والتعويضات المدنية (الفصل 7 من القانون المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها، والفصل 53 من القانون المتعلق بالصيد البحري).

* الحالة التي يكون فيها للمصادرة طبيعة تدبير وقائي عيني[3] هنا تكون المصادرة خاضعة لمقتضيات الفصل 89 من مجموعة القانون الجنائي الذي أمر بالمصادر كتدبير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو استعمالها أو بيعها جريمة ولو كانت تلك الأدوات والأشياء على ملكية الغير بل حتى ولو لم يصدر حكم بالإدانة».
فسواء تم إبرام المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور

(1) يتطرق المشرع المغربي للمصادرة في الفصول من 42 إلى 46 من مجموعة القانون الجنائي. ولمن أراد التوسع في موضوع المصادرة، يمكن الرجوع إلى :
- سعيد عبد الرحمان بنخضرة، أحكام المصادرة في القانون الجنائي المغربي، مكتبة الرشاد، السطات، المغرب، الطبعة الأولى 2014.

(2) ويلاحظ من خلال الرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، أن الفصل 210 ينص على «أن مصادرة البضائع المحظورة بأي وجه من الوجوه تكتسي على الأخص صبغة تدابير احتياطية، وتغلب على مصادرة الأشياء غير المحظورة صبغة تعويض مدني»، فهي تدبير وقائي عيني إذا وقعت على أشياء محظورة، وهي جزاء مالي يغلب عليه صبغة تعويض مدني إذا وقعت على أشياء غير محظورة.
كما ينص الفصل 23 من القانون 12/10/1971 على أنه «وفي حالة الادخار السري فإن العقوبات المقررة في الفقرتين 2و3 يمكن أن تشفع علاوة على ذلك بمصادرة المدخرات كلا أو بعضا «، فالمصادرة في هذه الحالة عقوبة تكميلية.

(3) مثلا : الفصل 210 من المدونة الجمركية ينص : أن مصادرة البضائع المحظورة بأي وجه من الوجوه تكتسي على الأخص صبغة تدابير احتياطية ، الفصل 55 من ظهير 23/11/1973: «تأمر السلطة التي تبرم المصالحة بمصادرة وبيع الشباك وأجهزة وألات الصيد أو باتلافها إذا كانت شباك وأجهزة وسائل الصيد المذكور ممنوعة»

حكم في النازلة فإن ذلك لا يؤثر على المصادرة باعتبارها تدبيرا وقائيا عينيا وتظل الأشياء المحجوزة في ملكية الإدارة والتي غالبا ما تعمل على إتلافها وذلك نظرا لكون القانون يحظر الشيء محل هذه المصادرة إما في حد ذاته سواء بصفة مطلقة أو بصفة نسبية، وإما لكونه استعمل في ارتكاب الجريمة.

خاتمة:

يتبين من خلال ما سبق أن المصالحة الجنائية تتعلق بمجالات مختلفة ومتعددة تمس النظام العام في بُعده الاقتصادي والبيئي والمالي...، غير أنها لم تحض باهتمام كبير من المشرع، بل ظلت قابعة في صلب تشريعات جنائية خاصة، مما جعلها عرضة للكثير من الانتقادات، خصوصا تعارضها مع مجموعة من المبادئ الراسخة في القانون الجنائي، لكن النظرة المقاصدية تحتم القول بأن الأمر لا يتعلق بإهدار المبادئ العامة للزجر، بقدر ما يعتبر تقييدا لها أو استثناء قرره المشرع بشأنها، ويهدف من ورائه إلى تطبيق نفس غايات ومقاصد هذه المبادئ العامة بغير الطريق القضائي العادي، بمعنى إحلال العدالة التصالحية محل العدالة القضائية. كما أن جل الانتقادات التي تعرضت لها المصالحة الجنائية لا تنصب على المؤسسة في حد ذاتها، أو على مبدأ التصالح في حد ذاته، وإنما على الممارسة الإدارية التصالحية.

ومن أجل تفادي هذه الانتقادات وإيجاد التوازن المنشود بين المزايا التي تتحقق باللجوء إلى مؤسسة المصالحة الجنائية وبين الحفاظ على حقوق الأفراد والضمانات التي تخولها لهم المسطرة القضائية، يستحسن تدخل المشرع لتنظيم ما يمكن تسميته بالقانون الجزائي الإداري، ما دام أن المصالحة الجنائية تنتمي إلى هذه الفرع من القانون باعتبارها تجليا من تجليات سلطة الزجر التي خولها المشرع للإدارة، وكذا إقرار الرقابة القضائية على

هذه المسطرة، ويُمكن عن طريق هذا المقترح إيجاد نوع من التكامل بين العدالة الجزائية التصالحية والعدالة الجنائية القضائية، بحيث لا تستبعد إحداهما الأخرى، ويتم توزيع الأدوار بينهما لخدمة أهداف الزجر، ولتفادي السلبيات الناتجة عن تكدس الملفات والتضخم التشريعي، وكذا لتحصيل مستحقات الدولة عن طريق التوافق والتراضي.

7. الطـــرق البديلـــة للدعـــوى العموميـــة علـــى ضـــوء متغيـــرات السياســـة الجنائيـــة

من إعداد : أمال لكرد
دكتورة في القانون الخاص
باحثة في الشؤون القانونية والحقوقية

ما من شك أن العدالة أمر مطلوب من قبل الجميع، ونظرا لأهميته وحيويته فقد عملت الدول منذ القدم على الاهتمام بأمر تنظيمه إن على مستوى القواعد المؤسسة لنظام العدالة أو على مستوى الأجهزة التي تقوم بمهام تصريف تلك العدالة بين مختلف المتنازعين. وإذا كانت الدول قد حاولت التأقلم مع المتغيرات الاجتماعية وما طرأ على مستوى الأفكار والمبادئ التي تؤطر علاقات الأفراد في المجتمع، فإن محاولاتها هاته أثمرت تغيرا نوعيا على مستوى تدبير العدالة مفهوما ومرفقا وسلطة.

فعلى مستوى المفهوم تم الانتقال من مفهوم العدالة الخاصة إلى مفهوم العدالة العامة التي تركز على ضرورة مراعاة مجموعة من القيم والنظم التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، والتي حدت من سلطة الفرد اتجاه الباقي لفائدة الدولة؛ أما على مستوى كل من المرفق والسلطة فقد تأرجحت تجارب الدول، بحسب تطور الفكر القانوني لديها، بين تلك التي لا تزال تتعامل مع القضاء باعتباره مرفقا من مرافق الدولة، ونظيرتها التي ارتقت بالقضاء إلى مستوى السلطة الثالثة إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ومهما يكن من دور للدولة في تنظيم شؤون العدالة، فإن كثرة المشاكل وتنوعها وتعقدها، جعل من مهمة تصريف العدالة مهمة مضنية وشاقة نظرا لقلة الموارد البشرية الكفيلة

بمواكبة تطورات المنازعات ولانحرافات المجتمعية من جهة. ومن جهة، أخرى لما لهذا التطور من تأثير على الموارد المالية للدولة التي تبقى مهما يكن قاصرة عن الاستجابة للمتطلبات الاجتماعية المعيشية الآنية والمستقبلية وفي نفس الوقت مستجيبة للتطورات المتلاحقة للانحرافات السلوكية للفاعلين سواء أكانوا أفرادا أم مؤسسات، الشيء الذي أدى إلى إعادة النظر في احتكار الدولة لمهمة تنظيم العدالة وتصريفها بين مختلف الغرماء، مما أتاح الفرصة إلى القبول بظهور الفاعلين الخواص في مجال العدالة.

إن الحديث عن دور جديد للفاعلين الخواص في مجال العدالة، كان وسيبقى محط نقاش قانوني حول قدرة الجهات غير الرسمية في إقامة نوع من التوازن بين حقوق الأفراد وواجباتهم، ولذلك فإن المساطر البديلة لحل المنازعات وإن أثبتت أهميتها على العديد من الأصعدة، فإن تجارب الدول كلها تصب في خانة الإجماع على أن مثل هذه المساطر من شأنها أن تخفف العبء الذي تتحمله المؤسسات القضائية سواء من جراء قلة الموارد البشرية وما تتطلبه من مستلزمات، أو ندرة الموارد المالية والاقتصادية وما يترتب عنه من صعوبات ومعيقات تحول دون تصريف شؤون وقضايا أهم من بعض أنواع المنازعات التي تبقى مهما كان قيمتها منحصرة في إطار المصالح الخاصة للأفراد.

ولعل تبني المساطر البديلة لحل المنازعات في المجال التجاري يبقى أهم نموذج يمكن إيراده في سياق هذا الحديث؛ لكن بالرغم من القبول بالوسائل البديلة لحل المنازعات في مجال المنازعات الخاصة، فإن تزايد الاهتمام بإدراج طرق جديدة بديلة لسلوك المساطر القضائية في مجالات متعلقة بالنظام العام أصبح واضحا من خلال التوجهات الحديثة للسياسات التشريعية التي أخذت الدول في نهجها، خاصة في المجال الجنائي بما يحمله هذا الأخير من دلالات قوية لحضور الدولة والمجتمع في حماية القيم الاجتماعية.

إن الحديث عن الطرق البدلية للدعوى العمومية ليس بالأمر الهين، بل هو مجازفة خطيرة،

ذلك أن الدعوى العمومية كما هي مرسومة في الضمير الجمعي للأفراد، إنما تختزل فكرة تكاثف المجتمع برمته من أجل الاقتصاص من الجاني الذي سولت له نفسه الاعتداء على القيم الاجتماعية المتعارف عليها، وبالتالي فإن القول بإمكانية إيجاد طرق بديلة للدعوى العمومية وبالتالي طرقا بديلة للاقتصاص من الجناة سيبقى محط نقاش قانوني، سواء على مستوى ماهية هذه الطرق ونطاقها، أو على مستوى قدرتها على تحقيق الردع المنشود من وجود منظومة جنائية بقواعدها ومؤسساتها.

وبناء على كل ما ذكر، فإن الحديث عن الطرق البديلة للدعوى العمومية لا يمكن أن ينفك عن الحديث عن أمرين اثنين لابد منهما؛ أولهما تغير الرؤية المجتمعية للغاية من إقامة الدعوى العمومية، وثانيهما مدى الاهتمام الذي تتبناه السياسة الجنائية من أجل التجاوب مع ما تحمله الرؤية المجتمعية الجديدة. وعلى ذلك يكمن التساؤل حول قدرة المشرع على الاستجابة للمتغيرات المجتمعية بخصوص تمثل الغرض من الدعوى العمومية وانعكاس ذلك على مستوى السياسة الجنائية بما يسهل إدماج بعض الصيغ المبتكرة للطرق البديلة للدعوى العمومية؟

صحيح أن البحث في مثل هذا الإشكال يطرح العديد من التحديات الناتجة عن تعدد المشارب والفلسفات التي يتبناها المشرعون الوطنيون لمختلف الدول؛ لكن اقتصارنا على التجربة المغربية في مجال تبني طرق بديلة للدعوى العمومية يمكن أن يفي بالغرض، للوقوف على مدى استجابة المشرع المغربي للمتغيرات المجتمعية ومدى قبول الضمير الجمعي المغربي لفكرة التخلي عن الردع التقليدي المرتبط بالحد من حرية الأشخاص حبسا أو سجنا، وتقبله بحلول بديلة، لاقتضاء الحق الخاص، تغني عن طول الإجراءات والمساطر القضائية وتعقيداتها. **وانطلاقا من هذا المعطى يجوز لنا التساؤل حول المدى الذي بلغه المشرع المغربي في تبني الطرق البديلة للدعوى العمومية في**

صلب قانون المسطرة الجنائية وما يتعلق بها من قواعد إجرائية زجرية أخرى، وإلى أي حد يمكن القول بأن إدراج بعض صور هذه الطرق يشكل أساسا لقيام سياسة جنائية مرتكزة على أسس تصالحية؟

للتفصيل في هذا الموضوع، فإننا نقترح تقسيمه لجزئين، نتناول في بادئ الأمر واقع الطرق البديلة للدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية (المبحث الأول) من خلال الوقوف على الدوافع التي أدت بالمشرع المغربي إلى تبني هذه الطرق وتمييز هذه الأخيرة عن باقي المؤسسات القانونية المشابهة لها، بينما سنخصص الجزء الثاني للبحث في المستجدات التي يعتزم المشرع المغربي إدراجها في مشروع قانون المسطرة الجنائية قيد النقاش لإبراز المستوى الذي استجاب فيه المشرع للتغيرات التي طرأت على الضمير الجمعي في نظرته لسياسة الردع عموما وفي بعض الجرائم على وجه الخصوص (المبحث الثاني).

المبحث الأول: بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

إن الحديث عن بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية المغربي لا يجب أن يبقى بمنأى عن الظروف والملابسات التي أدت إلى إدخال التعديلات اللازمة لذلك مع تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عما يشتبه به من المفاهيم لتتضح الصورة (المطلب الأول)، على أن يكون ذلك مقدمة للوقوف على الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية: أسس ومفهوم

تجدر الإشارة في البدء أن الحديث عن بدائل الدعوى العمومية لا ينفك أن ينفصل عن

الدوافع التي حذت بالمشرع المغربي إلى تبني بعضا من صور هذه البدائل في التشريع المغربي (الفقرة الأولى)، على أن نقف على مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» من خلال تمييزه عن بعض المؤسسات المشابهة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دوافع تبني بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

باعتبار المغرب عضوا فاعلا في المنتظم الدولي، فقد عمل، منذ منتصف التسعينات من القرن الماضي، على تحديث ترسانته التشريعية بما يتلاءم مع ما تقتضيه تلك العضوية وما يجسد التزامه بما تقضي به الاتفاقيات الدولية[1]. وفي هذا السياق تأتي التعديلات التي طرأت على قانون المسطرة الجنائية المغربي، ذلك أن المقتضيات القانونية التي كانت سارية النفاذ[2] قبل قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002 لم تكن تولي الأهمية البالغة للعدالة التصالحية في المجال الجنائي، بل كانت على العكس من ذلك تخصص مكانة مرموقة للمقاربة الأمنية ولعدالة المجتمع في مواجهة الفرد، الشيء الذي كان يتعذر معه تصور إمكانية اللجوء إلى بعض الإجراءات الرامية إلى رأب الصدع بين مقترفي الجرائم وضحاياهم[3].

---

(1) جاء في تصدير الدستور المغربي لسنة 2011 ما يلي: «.. وإدراكا منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في هذه المنظمات، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها، من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا.. »

(2) يتعلق الأمر هنا بكل من قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 وما لحقه من تعديلات بموجب قانون الإجراءات الانتقالية الجنائية لسنة 1974.

(3) كشف المشرع في ديباجة قانون المسطرة الجنائية عن الدوافع التي أسست لإخراج قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002، ومن بين ما تم إدراجه في الديباجة المذكورة ما يلي: «.. فقد كان هاجس توفير ظروف المحاكمة العادلة وفقاً للنمط المتعارف عليه عالمياً و احترام حقوق الأفراد وصون حرياتهم من جهة، والحفاظ على المصلحة العامة والنظام العام من جهة أخرى، عناصر أساسية شكلت نقطة مركزية أثناء إعادة النظر في قانون المسطرة الجنائية الصادر سنة 1959، والظهير الشريف المتعلق بالإجراءات الانتقالية الجنائية الصادر سنة 1974 لجعلهما يواكبان ترسيخ بناء دولة الحق والقانون مع تلافي كل السلبيات التي أفرزتها تجربة الأربعين سنة الأخيرة من الممارسة باستحضار تعاليم الدين الإسلامي الحنيف وقيم المجتمع المغربي مع الحفاظ على الأسس المستقرة في التراث القضائي ودعم المكتسبات التي حققها التشريع الوطني في مجال حقوق الإنسان بمقتضى التعديلات التي أدخلت على قانون المسطرة الجنائية خلال التسعينات سواء فيما يتعلق بمدة الحراسة النظرية أو توفير حق الدفاع للمتهمين أو إشعار عائلات المعتقلين بوضعهم تحت الحراسة النظرية، أو حقهم في أن يعرضوا على طبيب لمعاينتهم بطلب منهم أو إذا عاين القاضي ما يبرر ذلك ودعم هذه المكتسبات على نحو يتماشى مع المفهوم الكوني لحقوق الإنسان في الوقت الراهن.»

غير أن الالتزامات الدولية للمغرب اتجاه المنتظم الدولي جعله يتبنى العديد من المقاربات المعتمدة بموجب الاتفاقيات الدولية والعهود والمواثيق التي صادقت عليها منظمة الأمم المتحدة، وعلى رأسها «**إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين**»[1] وهو الإعلان الذي تبنى المشرع المغربي العديد من مضامينه، وعلى رأسها سلوك نهج المقاربة التصالحية، كبديل للدعوى العمومية، في صلب القوانين الإجرائية الجنائية، وقد عبر عن ذلك المشرع المغربي نفسه في ديباجة قانون المسطرة الجنائية مبررا ذلك بأن إعادة الاعتبار للضحايا أثناء المعالجة الجنائية لظاهرة الجريمة يعتبر مدخلا مهما من مداخل الاطمئنان للعدالة الجنائية برمتها[2].

وقد كان للحلول البديلة للدعوى العمومية نصيب أوفر في إعلان فيينا المذكور، إذ جاء في الالتزامين السادس والعشرين (26) والسابع والعشرين (27) ما يشجع الدول الأعضاء على تبني مقاربات متنوعة من أجل إقرار وإرساء قواعد عدالة تصالحية وفق خطط ورؤى مندمجة تروم الحد من ظاهرة الجريمة من جهة والحفاظ على مراكز الضحايا وفاعليهم أثناء مباشرة إجراءات البحث من جهة، والتقليل من عبء التضخم الذي تعاني منه

(1) صدر إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في فينا من 10 إلى 17 أبريل 2000. وهو إعلان يتضمن ما وافقت عليه الدول الأعضاء من مقاربات واستراتيجيات من شأنها الحد من تفشي الجريمة عبر العالم وكذا الإمكانيات الممكنة التي من شأنها الحد من تضخم القضايا أمام الأجهزة المكلفة بإنفاذ القانون وعلى رأسها القضاء الجنائي.

(2) في هذا السياق أورد المشرع أنه من بين المستجدات التي جاء بها قانون المسطرة الجنائية ما يلي: «

..

3 - الصلح بين الخصوم:

أصبح التشريع الجنائي الدولي الحديث يولي اهتماماً كبيراً لضحايا الجرائم الذين تم تجاهلهم وإقصاؤهم في وقت تنامى فيه الاهتمام بالجناة. ولذلك فإن من أسباب الاطمئنان إلى العدالة الجنائية تمكن الضحايا من الوصول إلى حقوقهم عبر تسوية حبية دون اللجوء إلى حكم قضائي، علماً أن من أسباب استقرار الأمن واستتباب الطمأنينة بالمجتمع تحقيق تصالح بين طرفي الخصومة المباشرين. وهو ما يؤدي إلى رأب الصدع وجبر الضرر والقضاء على الفتن والاضطرابات والحد من النزعات الانتقامية لدى الضحايا. وهذا التدبير أحدث حلاً وسطاً بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة إذ سيمكن من تجنب متابعة المتهم وفي نفس الوقت يقدم حلاً للضحية بالحفاظ على حقوقه ويصون حقوق المجتمع.. «

المحاكم الجنائية من جهة أخرى [1]. وعلى ذلك فقد كانت سنة 2002 أفقا زمنيا حدده الإعلان المذكور لتبني الخطوات اللازمة لإرساء مفاهيم العدالة التصالحية في صلب القوانين الإجرائية الجنائية، الشيء الذي جعل المغرب يعمل جاهدا على احترام الأفق الزمني المذكور وقد برز ذلك من خلال صدور قانون المسطرة الجنائية سنة 2002[2].

وإذا كانت الالتزامات الدولية حاضرة في تبني المقاربة التصالحية كبديل للدعوى العمومية في صلب قانون المسطرة الجنائية، فإن تغير الوعي الجمعي للمجتمع المغربي وقابليته لدور فاعل للضحايا في مسار الإجراءات الجنائية، سهل على المشرع المغربي إمكانية وضع بعض نماذج المساطر التصالحية كآليات تحد من الإفراط في اللجوء إلى القضاء، وكذا تساعد في الوصول إلى الحقوق في زمن معقول.

وللوقوف على الملامح الكبرى لتوجه المشرع المغربي في مجال بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية، فإن الحاجة تبقى ملحة لتمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عما يشتبه به من باقي المؤسسات المشابهة (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن غيره من المفاهيم المشابهة

إن مفهوم بدائل الدعوى في الاصطلاح القانوني يعني الإجراءات التي يمكن أن يسلكها الخصوم المتنازعون من أجل حل خلافاتهم بعيدا عن ساحة المحاكم وإجراءات التقاضي

---

(1) جاء في البندين 26 و27 من إعلان فيينا الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الواحد والعشرين ما يلي:
26. نقرر أن نستحدث، عند الاقتضاء، خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم الجريمة، كآليات الوساطة والعدالة التصالحية، ونقرر أن يكون عام 2002 هو الموعد المستهدف لكي تراجع فيه الدول ممارستها في هذا الشأن، وتواصل تطوير خدمات دعم الضحايا وتنظيم حملات توعية بحقوق الضحايا، وتنظر في إنشاء صناديق لصالح الضحايا، إضافة إلى وضع وتنفيذ سياسات لحماية الشهود.
27. نشجع على صوغ سياسات وإجراءات وبرامج للعدالة التصالحية تحترم حقوق الإنسان واحتياجات ومصالح الضحايا والجناة والمجتمعات المحلية وسائر الأطراف الأخرى.»

(2) صدر قانون رقم 22.01 يتعلق بالمسطرة الجنائية في الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003).

المعقدة. **وفي التوظيف الجنائي** للمفهوم المذكور فإننا نرى بأن «بدائل الدعوى العمومية» تعني مجموع المساطر والحلول التي سنها المشرع من أجل تفادي إثارة الدعوى العمومية وعرض مقترف الجريمة على الهيئات القضائية الزجرية[1]. وبناء على هذا التحديد لمفهوم بدائل الدعوى العمومية لا يمكن أن نتصورها إلا خلال مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية ورفعها أمام القضاء الزجري، أما المساطر والحلول الإجرائية التي يسنها المشرع لتفادي مواصلة النظر في الدعوى العمومية فتخرج – حسب التحديد المذكور – عن مفهوم بدائل الدعوى العمومية، ذلك أن إثارة هذه الأخيرة يُفقد النيابة العامة إمكانية التنازل عنها لأنها ملك للمجتمع لا للنيابة العامة التي تتولى الترافع عن المجتمع من أجل الاقتصاص من الجاني، وما دام أن صاحب الحق الأصيل – المجتمع- لم يفوض النيابة العامة للتنازل عن الحق العام فإنها تبقى غير محقة في التنازل عن الدعوى العمومية، ولما أعطى المشرع للنيابة العامة الاختصاص الحصري لممارسة الدعوى العمومية[2] فإن التنازل عنها لا يمكن تصوره إلا في الأحوال التي يقرر فيها القانون ذلك، والتي ليس من ضمنها تنازل النيابة العامة. ولذلك فإن بديل الدعوى العمومية يختلف عن مؤسسات أخرى مشابهة.

(1) في هذا السياق ذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 1197/8 الصادر بتاريخ 16 شتنبر 2009 في الملف رقم 11360/2009 والذي جاء فيه: «ومن جهة أخرى فإنه فضلا على أن الطاعن مدان في هذه النازلة من أجل جريمتي حيازة واستهلاك المخدرات واللتين بحكم طبيعتهما لا تخضعان لمقتضيات المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية وهو ما تبقى معه هذه المقتضيات غير مجدية ولا تطبق في مثل هذه الدعوى فإنه وطبقا لأحكام المادة المذكورة فالطاعن عندما توبع من أجل جنحة الضرب والجرح بناء على شكايتين فإنه لا يتبين من وثائق الملف أن المشتكي وقبل إقامة الدعوى طلب من السيد وكيل الملك تضمين الصلح الواقع بينه وبين العارض مما لا يعاب على المحكمة عدم اعتبارها لذلك خاصة وأن الأمر يرجع النظر فيه وطبقا للمادة المحتج بها إلى اختصاص غرفة المشورة، الأمر الذي كان معه القرار المطعون فيه معللا ومؤسسا والوسيلتان على غير أساس من جهة، وخلاف الواقع من جهة أخرى» وبذلك تكون محكمة النقض قد اشترطت لجعل الصلح بديلا للدعوى العمومية أن يطلب من وكيل الملك اعتباره قبل إثارة الدعوى العمومية.

(2) لقد أسس المشرع هذا الاختصاص الحصري للنيابة العامة بموجب الفقرة الثانية من المادة 3 من قانون المسطرة الجنائية التي جاء فيها: « يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانوناً...» إذ أعطى الحق في إقامة الدعوى العمومية لكل من النيابة العامة والموظفون المكلفون بذلك والمتضرر، غير أن ممارستها لم يسنده المشرع إلا لقضاة النيابة العامة وحدهم وبصورة حصرية.

أولا: تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية».

ذلك أنه وكما هو معلوم فإن المشرع أعطى للمحكمة الزجرية المعروضة عليها الدعوى العمومية إمكانية التصريح بوقف إجراءات الدعوى العمومية إذا تنازل المتضرر لصالح المتهم متى تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية كما تقضي بذلك مقتضيات المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية[1]، ويبقى هذا الوقف مجرد إمكانية فقط لا رقابة على المحكمة بخصوصه من قبل محكمة النقض لأن قرار إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية يتصل بمسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها[2]. وما يُستدل به عن الاختلاف القائم بين مفهوم «بديل الدعوى العمومية» ومفهوم «إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية» هو الفقرة الثانية من المادة المذكورة والتي تنص على إمكانية مواصلة النظر في الدعوى العمومية بناء على ملتمس من النيابة العامة إذا ما ظهرت أدلة جديدة ولم يمر أمد التقادم؛ الشيء الذي يستفاد معه أن الدعوى العمومية لا تزال حية ولم يتخلص أطراف الخصومة الجنائية من آثارها بصورة كلية كما هو الحال بالنسبة لسلوك بديل من بدائل الدعوى العمومية.

(1) تنص المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: « إذا كان الأمر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجنح المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون، فإنه يمكن للمحكمة المعروضة عليها القضية بناء على ملتمس تقدمه النيابة العامة في حالة تنازل الطرف المتضرر من الفعل الجرمي عن شكايته، أن توقف سير إجراءات الدعوى العمومية، ما لم تكن قد بتت فيها بحكم نهائي.

يمكن مواصلة النظر في الدعوى العمومية بطلب من النيابة العامة، إذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية، ما لم تكن قد سقطت بالتقادم أو بسبب آخر.»

(2) مما جاء في تبرير إدراج مسطرة إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية ما أورده المشرع في ديباجة القانون المذكور التي أوضحت أن: « بعض النزاعات التي تقع بين الأفراد وترفع إلى المحاكم، يكون من شأن استمرار عرضها على القضاء التأثير على الروابط والعلاقات الإنسانية القائمة بين طرفي النزاع خاصة حين لا يكون الضرر الاجتماعي ذا أهمية بالغة.

ورغبة في الحفاظ على هذه الروابط التي يؤدي الحكم فيها إلى أضرار لا تتحقق معها المصلحة العامة، فقد أحدث هذا القانون آلية جديدة نصت عليها المادة 372 يمكن بمقتضاها للمحكمة في بعض الجرائم، إذا تنازل الطرف المتضرر أثناء سريان الدعوى، أن تأمر بإيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية وذلك بناء على ملتمس تقدمه النيابة العامة، مع إمكانية مواصلة النظر في الدعوى بطلب من النيابة العامة كلما طرأت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن قد انقضت بأحد أسباب السقوط كالتقادم وغيره.

وتتوخى هذه الإمكانية الحفاظ على الروابط الاجتماعية وإذكاء فضائل التعايش والتسامح.» ما يفهم منه أن العلة الأكثر اعتبارا في إطار تنظيم مسطرة إيقاف إجراءات الدعوى العمومية هي علة الروابط الاجتماعية، مما يتيح كل الفرص للمحكمة المعروضة عليها الدعوى العمومية من أجل النظر في مدى إمكانية الاستجابة لملتمس النيابة العامة إيقاف سير الدعوى العمومية.

ثانيا: تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «سقوط الدعوى العمومية».

ويكمن الاختلاف بين المفهومين على هذا المستوى في أن سقوط الدعوى العمومية لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي تكون فيها الدعوى العمومية مثارة، اما في الحالة التي لم تثر فيها الدعوى العمومية بعد فلا يمكن الحديث عن سقوط الدعوى العمومية، لأنه لا يمكن تصور سقوط شيء وانقضاؤه وهو غير موجود أصلا. وقد نص المشرع على أسباب سقوط الدعوى العمومية في المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية التي جاء فيها أنه « تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به. وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.». وفي هذا السياق، وتفاديا لأي خلط، يجب التمييز بين الحالة التي تتحقق فيها إحدى صور السقوط، كما أشارت إليها المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية، قبل إثارة الدعوى العمومية وبعد إثارتها[1]، إذ في الحالة التي تتحقق فيها إحدى الصور المذكورة قبل إثارة الدعوى العمومية فإن القرار الذي ترتبه النيابة العامة على ذلك هو الحفظ، أي عدم إمكانية إثارة الدعوى العمومية من الأصل، وهنا يجب الانتباه إلى أنه في هذه الحالة لا تكون أية إمكانية للحديث عن الدعوى العمومية أصلا. بينما في الحالة التي تتحقق فيها إحدى صور السقوط المشار إليها أعلاه بعد إثارة الدعوى العمومية، فإن القرار يرجع للمحكمة الزجرية التي عرضت عليها الدعوى العمومية، إذ تبقى هي المختصة في التصريح بسقوط الدعوى العمومية دون غيرها، وكما هو معلوم فإنه لا يمكن تصور هاته الإمكانية إلا في الحالة التي تكون فيها الدعوى العمومية مثارة.

---

(1) وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض أن التنازل الواقع من الإدارة المشتكية قبل صدور حكم نهائي مسقط للدعوى، وقد جاء في القرار عدد 1029/1 المؤرخ في 07 ماي 2003 الصادر في الملف الجنحي رقم 20927/2002 ما يلي: «وحيث إن شركة التبغ تنازلت عن مطالبها في مواجهة المطلوب في النقض على إثر المصالحة الواقعة بين الطرفين ... وأن هذا التنازل جاء قبل صدور حكم نهائي في القضية مما يترتب على هذا التنازل أثرا مسقطا للدعوى العمومية المقامة استنادا إلى مفهوم الفقرة الثانية من الفصل 89 من ظهير 12 نونبر 1932 المنقول أعلاه. الأمر الذي يعتبر معه ما قضى به القرار المطعون فيه مخالفا لمقتضيات هذا الفصل مما يعرضه للنقض والإبطال» إذ يتضح من هذا القرار أن محكمة النقض أوضحت أن الشكاية عندما تكون شرطا للمتابعة فإنه ما لم يتم التنازل عنها فإن الدعوى العمومية تكون قائمة، ولكن بمجرد التنازل عن الشكاية المذكورة يترتب عنه سقوط تلك الدعوى، الشيء الذي يكون معه الصلح في مثل هاته الحالة مسقطا للدعوى العمومية التي تكون قائمة وليس بديلا لها كما هو الحال بالنسبة للصلح المنصوص على أحكامه الإجرائية في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

ثالثا: تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «بدائل العقوبات السالبة للحرية».

ويتمثل هذا التمييز في كون بدائل الدعوى العمومية مرتبطة بمرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية، بينما بدائل العقوبات السالبة للحرية فلا يمكن تصورها إلا بعد إثارة الدعوى العمومية ونظر المحكمة الزجرية فيها وثبوت الفعل المتابع من أجله المتهم وتقدير المحكمة للعقوبة المناسبة لذلك، وعندها يمكن الحديث عن الخيارات التي يمكن اعتمادها لاستبدال العقوبات السالبة للحرية ببدائل أخرى. ولذلك فلا يجب الخلط بين بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبات السالبة للحرية.

إن الحديث عن تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن باقي المفاهيم المشتبه بها ليس بالترف الفكري، وإنما كان تمهيدا من أجل الاقتصار على أحكام البدائل دون غيرها، كما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

تعتبر المقتضيات الواردة في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية والمتعلقة بالصلح بمثابة حجر الزاوية في تنظيم بدائل الدعوى العمومية الشيء الذي يتعين معه الوقوف على أهم المقتضيات القانونية التي تبناها المشرع من أجل أجرأة هذا الخيار (المطلب الأول)، غير أن هذا الأخير لم يكتف بما ورد في المادة 41 فقط، بل عمد إلى تبني خيار آخر وهو المتعلق بالسند التنفيذي الذي تولى تنظيم أحكامه في المادة 275 وما يليها من قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني). وعلى ذلك فإن الإحاطة بالأحكام المتعلقة بهذه البدائل تقتضي الوقوف على أحكام كل خيار على حدة وفق التالي.

القفرة الأولى: مسطرة الصلح الجنائي كبديل للدعوى العمومية:

نظم المشرع مسطرة الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية في المادة 41، وقد وضع لها أحكاما يمكن إجمالها في الآتي:

أولا: الجرائم التي يمكن أن تكون موضوع صلح:

حدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 41 طبيعة الجرائم التي يمكن أن تكون محل مسطرة الصلح؛ وفي هذا السياق فقد تم حصر الجرائم المذكورة في تلك التي قرر فيها المشرع عقوبة لا تتجاوز سنتين أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5.000.00 درهم، الشيء الذي يجعل من الجرائم التأديبية وحدها قابلة لأن تكون موضوع تصالح يتفادى من خلاله كل من الأطراف والنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية.

وإذا كان معيار العقوبة واضحا كأساس في تحديد الجرائم التي يمكن التصالح بشأنها، فإن المشرع قد يدخل في القانون الجنائي بعض الجرائم في خانة الجنح الضبطية، غير أنه لا يورد لها إلا عقوبة حبسية، إذ هنا يطرح التساؤل حول الأساس الذي يمكن اعتماده من أجل التصالح، وخاصة أن هذا الأخير ينبني على اقتراح مبلغ للغرامة يُلزم المشتكى به أو المشتبه به بأدائه في حالة موافقته على الصلح. ولعل جرائم الفساد والخيانة الزوجية[1] أكبر دليل على الجنح الضبطية التي أفرد لها المشرع عقوبة حبسية من غير أن يقرنها بمبلغ للغرامة المالية، الشيء الذي يثور معه التساؤل حول مدى إمكانية المصالحة في مثل هاته الحالات.

(1) هناك العديد من الجنح التي أفرد لها المشرع العقوبة الحبسية فقط دون أية غرامة مالية، ويمكن أن تندرج في الجرائم المشار إليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، ومن بين تلك الأمثلة نجد الفصل 490 من القانون الجنائي بالنسبة لجنحة الفساد، الفصل 491 من القانون الجنائي بالنسبة لجنحة الخيانة الزوجية.

إن الإشكال المشار يجد حله، من وجهة نظرنا، في الفقرة الأخيرة من الفصل 150 من القانون الجنائي التي وضعت معيارا محددا يمكن من خلاله تحويل العقوبة الحبسية إلى غرامة مالية وبالتالي إمكانية التصالح بشأنها، وهكذا فقد نصت الفقرة المذكورة على أنه: « في حالة الحكم بالغرامة عوضا عن الحبس إذا كانت العقوبة المقررة في القانون هي الحبس وحده، فإن الحد الأقصى لهذه الغرامة يمكن أن يصل إلى خمسة آلاف درهم».

فمن خلال المقتضيات المذكورة يظهر أن المشرع مكَّن المحكمة من استبدال العقوبة الحبسية إلى عقوبة مالية لا تتجاوز قيمتها 5000.00 درهم وهي القيمة التي يفترضها المشرع في الجنح التي يمكن التصالح بشأنها. وإذا عدنا لمقتضيات الفصل 490 من القانون الجنائي على سبيل المثال سنجد أن المشرع لما عاقب على جريمة الفساد فإنه أفرد لها عقوبة حبسية من غير ذكر أي غرامة مالية، الأمر الذي يمكن حسب مقتضيات الفصل 150 من القانون الجنائي أن تستبدل العقوبة الحبسية بالغرامة المالية، وبالتالي تصبح مثل هذه الجرائم موضوع مصالحة وفق مقتضيات المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، ولعل هذا التوجه هو ما قصده المشرع عندما ذكر الجرائم المقصودة بالتصالح وحددها في الجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين.

ثانيا: الجهات التي يمكن لها إبرام الصلح:

حدد المشرع في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية حالتين يمكن أن يبرم من خلالهما الصلح باعتباره بديلا للدعوى العمومية؛

الحالة الأولى، وهي التي تتعلق بجنح يظهر فيها متضرر؛ ففي هذه الحالة، حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 41، يمكن للمتضرر أن يطلب من المشتبه فيه إبرام

صلح بشأن الجرم المقترف، وفي حالة موافقة هذا الأخير يطلب المتضرر من وكيل الملك تدوين الصلح المتفق عليه في محضر، وفي حالة موافقة هذا الأخير على ذلك يتولى تحرير محضر يشهد فيه بوقوع اتفاق على الصلح بين المتضرر والمشتكى به، غير أن الاتفاق المذكور يبقى مشروطا بموافقة وكيل الملك وهو ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 41 التي تنص على أنه: « في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح، يحرر وكيل الملك محضراً بحضورهما وحضور دفاعهما، ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان.»

الحالة الثانية؛ وهي الحالة التي لا يظهر فيها أي متضرر من الجريمة المقترفة، ففي هذه الحالة فإن وكيل الملك هو الذي يمكنه أن يبادر إلى إجراء الصلح مع المشتبه فيه، وهو الأمر الذي يستفاد من الفقرة السادسة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

ثالثا: وقت إبرام الصلح:

حدد المشرع صورتين للوقت الذي يمكن أن يبرم فيه الصلح كبديل للدعوى العمومية؛

الصورة الأولى؛ هي التي يحضر فيها كل من المتضرر والمشتكى به أمام وكيل الملك أثناء الاستنطاق، وفي هذه الصورة يتولى أحدهما الكشف عن النية في الصلح متى توافرت شروط ذلك، وفي حالة موافقة وكيل الملك يُحرر محضر بذلك.

الصورة الثانية؛ وهي التي لا يحضر فيها المتضرر أمام وكيل الملك بالرغم من وجوده، أو في الحالة التي يحضر فيها المشتبه به أمام وكيل الملك في حالة الجرائم التي لا يظهر فيها أي متضرر، ففي هذه الحالة فإن وكيل الملك يتولى بمجرد مثول المشتبه به أمامه عرض الصلح على هذا الأخير وفي حالة الموافقة يتولى وكيل الملك تحرير محضر بذلك.

رابعا: مضمون محضر الصلح

يتولى وكيل الملك تضمين محضر الصلح بما اتفق عليه الأطراف الذين يبقوا أحرارا في اختيار النقاط التي يمكن أن تكون موضوع تفاوض واتفاق بينهم، كما يمكن – حسب مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 41 – أن يتضمن محضر الصلح أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً؛ ويشار فيه أيضا إلى الأجل المطلوب لتنفيذ الصلح. وبذلك فإن الصلح الذي يكون أحد أطرافه هو المتضرر قد يكون صلحا ثنائيا كما هو الحال مثلا في الحالة التي يكون فيها الصلح بين الزوج وزوجته، وعندها فإن محضر الصلح يتضمن ما اتفق عليه الأطراف والأجل الذي يحدد وكيل الملك لتنفيذ ذلك الاتفاق. أما إذا كان الصلح ثلاثيا، فإن محضر الصلح يتضمن ما اتفق عليه الأطراف من جهة، وما اتفق عليه المشتبه به ووكيل الملك الذي يتولى اقتراح غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا، الأمر الذي يظهر معه أن المشرع قد وازن بين وضعيتين، أولاهما تتعلق بمضمون الصلح بين المتضرر والمشتكى به وفي هذه الحالة أعطى للطرفين الحرية المطلقة في تحديد مضمون الصلح، وأما الوضعية الثانية فتتعلق بالصلح المبرم بين وكيل الملك والمشتكى به، وإذ في هذه الحالة أعطى المشرع لوكيل الملك كل الصلاحية في تقدير الظروف الاجتماعية والمستوى المادي للمشتكى به من أجل اقتراح مبلغ الغرامة التي على هذا الأخير تأديتها على ألا يتجاوز المبلغ المقترح نصف الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها قانونا. هذا بالنسبة للجرائم التي يظهر فيها متضرر.

أما بالنسبة للجنح التي لا يظهر فيها متضرر، فإن المشرع أعطى لوكيل الملك سلطة اقتراح إبرام صلح مع المشتبه به، وفي حالة موافقة هذا الأخير فإن وكيل الملك يتولى تحرير محضر بما تم الاتفاق عليه، وهو المحضر الذي يتضمن الموافقة إما على أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر الناتج عن الأفعال المقترفة

من قبل المشتبه به أو هما معا. والملاحظ أن الفرق بين مضمن المحضر في هذه الحالة وفي الحالة السابقة، هي أن لوكيل الملك السلطة التقديرية في تحديد مبلغ الغرامة بما يناسب وضعية المشتبه به في حالة إبرامه صلحا مع المتضرر أيضا، بينما في الحالة التي لا يكون فيها أي وجود للمتضرر فإن المشرع لم يمكِّن وكيل الملك من أية سلطة تقديرية لتحديد قيمة الغرامة موضوع الصلح، بل حددها بصورة قطعية في نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا.

خامسا: التصديق على محضر الصلح وآثاره

بمجرد إبرام محضر الصلح، يشعر وكيل الملك باقي الأطراف، ودفاعهم عند الاقتضاء، بتاريخ عرض المحضر المذكور على أنظار رئيس المحكمة أو من ينوب عنه قصد التصديق في غرفة المشورة[1]. وقد أشارت الفقرة السابعة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية إلى مسطرة الإحالة عندما نصت على أنه « يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.»

ومما يلاحظ في هذا الخصوص أن القرار الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه غير قابل لأي طعن، الشيء الذي يطرح التساؤل حول مدى إمكانية التعسف في استغلال هذه السلطة؛ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذه المقتضيات تثير تساؤلا بخصوص طبيعة القرار الذي يتخذه رئيس المحكمة أومن ينوب عنه، هل هو قرار بالموافقة وبالتالي التصديق على محضر الصلح أم يمكن أن يُتخذ قرار بعدم التصديق على محضر الصلح؟

إن عمومية النص بخصوص مسألة التصديق على محضر الصلح وإن طرحت كإشكال

(1) تتكون هذه الغرفة من رئيس المحكمة أومن ينوب عنه، وممثل النيابة العامة وكاتب الضبط، ويحضرها المعني بالأمر ودفاعه إن اقتضى الحال.

مترابط بمدى سلطة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، فإنها على المستوى العملي لا تطرح أي إشكال. إذ يبقى، في نظرنا، لجهة التصديق كامل السلطة في التصديق أو عدم التصديق على محضر الصلح، والعلة في ذلك أن إرادة المشرع عندما اتجهت إلى إحالة المحضر على جهة التصديق فإنما كانت تعني، من وجهة نظرنا، بسط رقابة القضاء على مضمون الصلح المبرم بين الأطراف باعتبار جهة التصديق جهة قضائية مهمتها مراقبة مدى احترام قواعد القانون ومدى انضباط إرادة الأطراف للضوابط القانونية، وفي حالة ما إذا وقفت على اتفاق مخالف لأحكام القانون فستبقى لها سلطة إصدار قرار برفض التصديق على محضر الصلح، ولعل ما يؤكد ذلك هو أن المشرع لم يمنح لوكيل الملك سلطة مراقبة مضمون الصلح الواقع بين الأفراد، وإنما حصر تلك السلطة في الموافقة فقط، وكما هو معلوم فهناك فرق شاسع بين الموافقة والمراقبة، ولذلك فإن هاته الأخيرة تبقى من اختصاص القضاء[1]. غير أن الإشكال المطروح في هذا الخصوص هو ما يتعلق بتحصين القرار الصادر عن جهة التصديق إزاء كل طعن، الشيء الذي نرى معه أن الحاجة لتدخل تشريعي في هذا السياق ستبقى ملحة خاصة وأن دائرة تبني العدالة التصالحية كبديل للدعوى العمومية تسير في اتجاه الاتساع.

إن الحديث عن الآثار المتعلقة بإحالة محضر الصلح على مسطرة التصديق تمتد إلى قرار النيابة العامة بشأن الدعوى العمومية. وهكذا فقد قرر المشرع بموجب الفقرة الثامنة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية أن مجرد الإحالة على مسطرة التصديق موقف لكل قرار يمكن أن يتخذه وكيل الملك بشأن تحريك الدعوى العمومية، وبالتالي فإن قرار إحالة القضية على القضاء الزجري من عدمه يبقى مرتبطا ارتباطا وثيقا بالقرار الذي ستتخذه سلطة التصديق، إذ في الحالة التي تصادق فيها هذه الأخيرة على محضر الصلح فإن

(1) ومن الصور التي يمكن أن يراقب فيها القضاء مضمون محضر الصلح تناسب الالتزامات الملقاة على عاتق المشتكى به أو المشتبه به مع الأجل المعطى له لتنفيذ الالتزام، إذ يجب أن يكون هذا الأجل معقولا، وإلا فإنه سيصبح مرهقا للمدين وتصبح بالتالي مسطرة الصلح وكأنها تعجيز للمدين وسببا لتحريك الدعوى العمومية في مواجهته.

القرار بتحريك الدعوى العمومية يصبح مرتبطا بمدى تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم المضمنة بمحضر الصلح، وإذا تم رفض التصديق على محضر الصلح فإن القرار بتحريك الدعوى العمومية يصبح مؤسسا[1].

وما يتصل أيضا بالآثار القانونية للتصديق على محضر الصلح، أن القرار الذي يتخذه الرئيس أو من ينوب عنه لا يقتصر على مضمون الالتزامات الواردة في محضر الصلح، وإنما يمتد إلى الأجل الذي حدده وكيل الملك، بموجب الفقرة الخامسة من المادة 41، من أجل تنفيذ الصلح. إذ في هذه الحالة فإن رقابة القضاء ممثلا في رئيس المحكمة أو من ينوب عنه تعتبر حجر الزاوية لما يشكله الأجل من تأثير على قدرة المشتكى به أو المشتبه به على تنفيذ ما التزم به ووافق عليه خلال مرحلة الصلح، خاصة وأن هذا الالتزام أو تلك الموافقة تكون محاطة بظروف من شأنها تعييب إرادة المدين الذي يشكل الطرف الضعيف في سياق إجراءات جنائية استثنائية بالنسبة له[2].

(1) مما يسترعي الانتباه في هذا السياق أن النيابة العامة، من وجهة نظرنا، لا تملك حق اتخاذ قرار الحفظ في هذه المرحلة من مراحل التصديق بالرغم من وجود التنازل، لأن سلوك مسطرة الصلح لا يتصور إلا في الحالة التي يكون فيها الجرم ثابت في حق المتهم، وقرار سلوك المسطرة المذكورة ينبني على إيمان النيابة العامة بأن ما اقترفه المشتبه به يجب أن يقع تحت طائلة العقاب، وبالتالي فإن انتهاء مسطرة التصديق على محضر الصلح بالرفض يجعل النيابة العامة ملزمة بتحريك الدعوى العمومية في مواجهة المشتبه به.

(2) نرى أن الصلح في سياق القواعد المنظمة له في قانون المسطرة الجنائية يختلف عن الصلح المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود والذي يجد تطبيقاته في العديد من القضايا بعيدا عن المجال الزجري، ذلك أن الصلح وإن كان عقدا إراديا خالصا وفق منظور قانون الالتزامات والعقود بما يعنيه كل ذلك من ضمانات حمائية لإرادة طرفيه من كل عيب من عيوب الرضى، فإنه في سياق الحديث عن الصلح كبديل للدعوى العمومية فإننا سنكون أمام وضع خاص للمدين الذي هو المشتبه به أو المشتكى به الذي تبقى إرادته بالموافقة أو عدم الموافقة على مضمون الصلح، وما قد يفرضه عليه الطرف القوي الذي هو المتضرر، إرادة ضعيفة ومشوبة بنوع من أنواع الإكراه، وهو على كل حال إكراه مقبول من وجهة نظر المشرع الجنائي الشيء يجب اعتباره في التمييز بين الصلح الوارد في قانون الالتزامات والعقود والصلح باعتباره بديلا عن الدعوى العمومية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإنه بمقتضى الفصل 1100 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة.» وكما هو معلوم فإن الصلح في قانون المسطرة الجنائية ينصب على تفادي تحريك الدعوى العمومية في شأن جريمة مقترفة وثابتة، وبالتالي فإن تفادي تحريك الدعوى العمومية يصبح من بين المواضيع التي يبرم من أجلها الصلح كبديل لتلك الدعوى، ولما كان تحريك الدعوى العمومية من صميم النظام العام الذي تتولى النيابة العامة حمايته فإنه بمفهوم الصلح في قانون الالتزامات والعقود يصبح غير جائز، لكن عدم الجواز المدني يختلف عن الذي قصده المشرع الجنائي الذي أباح الصلح في هذا السياق، وبالتالي فإن الاختلاف بين الصلح بمفهومه المدني والصلح بمفهومه الزجري يبقى أمرا مؤكدا وفق ما ذكر.

سادسا: مرحلة تنفيذ الصلح كبديل للدعوى العمومية:

ألزم المشرع رئيس المحكمة أو من ينوب عنه بضرورة إشعار النيابة العامة ممثلة في وكيل الملك بالأمر الصادر عنه بشأن التصديق على محضر الصلح. وإذا كانت مرحلة تبليغ الأمر المذكور تخضع للقواعد العامة لتبليغ المقررات القضائية، فإنه وبخلاف القواعد المقررة لتنفيذ تلك المقررات في المادة المدنية، فإن مهمة مراقبة تنفيذ التزامات الأطراف لما اتفقوا عليه في محضر الصلح أُسندت لوكيل الملك. والعلة في ذلك أن الصلح في سياق قانون المسطرة الجنائية يعتبر من صميم الإجراءات الجنائية التي تتولى النيابة العامة السهر على إقرارها أو تنفيذها لأنه يرتبط ارتباطا وثيقا بقرار تحريك الدعوى العمومية الذي يدخل في دائرة الاختصاص الحصري للنيابة العامة ولا دخل لقضاء الحكم فيه.

وعلى ذلك فإن لوكيل الملك كامل السلطة في تحريك الدعوى العمومية متى تأكد له أن المشتبه به أو المشتكى به لم يقم بتنفيذ ما اتُفق عليه من قبل الأطراف. غير أن التساؤل المطروح في هذا السياق يبقى مرتبطا بالحالة التي لا يقدر فيها المشتكى به أو المشتبه به على تنفيذ التزامه لأمر خارج عن إرادته بالرغم من توافر نيته الصادقة في التنفيذ، فهل سيتولى وكيل الملك أمر تقدير هذه الظروف وبالتالي يأذن للمدين بأجل جديد في إطار الأجل الاسترحامي أم أن قواعد قانون المسطرة المدنية ستبقى هي الواجبة التطبيق في مثل هاته الحالة، ولحل هذه الإشكالية نرى أن للمدين حق اللجوء إلى جهة التصديق لأنها هي الوحيدة التي تملك صلاحية تقدير الظروف المحيطة بمدى كفاية الأجل المحدد لتنفيذ الالتزام وما إذا كانت لتلك الظروف حقيقة أي تأثير على التنفيذ أم لا، ولعل ما يسند هذا الرأي في وجهة نظرنا ما تذهب إليه مقتضيات المادة 752 من قانون المسطرة الجنائية[1] التي تجيز الالتجاء لقواعد قانون المسطرة الجنائية متى ما كانت غير

(1) جاء في المادة 752 من قانون المسطرة الجنائية ما يلي: « تطبق أحكام قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1.74.474 الصادر في 11 من رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) على الدعاوى المدنية المقامة أمام القضاء الزجري، كلما كانت غير متناقضة مع المقتضيات الخاصة لهذا القانون والمتعلقة بنفس الموضوع.»

متعارضة مع المقتضيات المدنية الواردة في قانون المسطرة الجنائية، وهو ما ينطبق على الإشكالية المشارة.

إن الحديث عن الأحكام المنظمة للصلح كبديل للدعوى العمومية وإن كان مؤثرا في تقدير مدى تبني المشرع للمقاربة التصالحية في المجال الجنائي، فإن التطرق لمسطرة السند التنفيذي لا يقل أهمية في هذا السياق، الشيء الذي يبقى معه من المناسب التطرق ولو بعجالة لأهم أحكام هذا البديل الثاني (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: السند التنفيذي كبديل للدعوى العمومية في مجال المخالفات

إذا كان نطاق الصلح باعتباره بديل من بدائل الدعوى العمومية قد حصره المشرع في مجال الجنح المشار إليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، فإن السند التنفيذي باعتباره بديلا ثانيا من بدائل الدعوى العمومية لا يتعلق إلا بالمخالفات. وقد نظم المشرع الأحكام الخاصة بالسند التنفيذي في المواد من 375 إلى 382 من قانون المسطرة الجنائية[1]. ويمكن إجمال تلك الأحكام وفق ما يلي:

أولا: نطاق تطبيق السند التنفيذي:

جعل المشرع مسطرة السند التنفيذي مقتصرة على المخالفات التي لا يظهر فيها متضرر أو ضحية، واشترط في هذه المخالفات أن يكون القانون قد عاقب عليها بالغرامة المالية

(1) أوضح المشرع الحيثيات التي دفعته إلى تبني خيار السند التنفيذي في ديباجة قانون المسطرة الجنائية عندما أشار إلى: «أن المسطرة التي كان معمولاً بها تعطي للقضاة حق إصدار أوامر قضائية في غيبة الأطراف في المخالفات التي لا يعاقب عنها بعقوبات سالبة للحرية ولا يظهر فيها متضرر وذلك بناء على ملتمسات النيابة العامة، وهو ما يضعنا أمام مسطرة طويلة ومعقدة تستهلك وقتاً طويلاً ومجهوداً فائقاً من عدة أطراف (الشرطة القضائية – كتابة النيابة العامة – وكيل الملك – كتابة الضبط – القاضي) لينتهي الأمر بصدور أمر بغرامة بسيطة يملك المحكوم عليه حق التعرض عليها.
وقد استهدف القانون تقليص وقت البت في هذا النوع من القضايا واختزال المجهودات البشرية والمادية التي تنفق لإنجازه، ومنح للنيابة العامة حق اقتراح أداء غرامة جزافية لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للمخالفة، وفي حالة عدم موافقته تعرض القضية على القضاء للبت فيها وفقاً للمسطرة الحضورية العادية، وبالمقابل فإن الاقتراح يصبح سنداً قابلاً للتنفيذ في حالة قبول المخالف به أو عدم تعرضه عليه (المواد 375 إلى 382).»

فقط، الشيء الذي يكون معه قد تم استبعاد المخالفات التي يقرر فيها المشرع مدة معينة للاعتقال[1]، ونرى في هذا السياق أن المشرع كان عليه أن يمدد السند التنفيذي ليشمل المخالفات المعاقب عليها بمدة الاعتقال أيضا ما دام أنه اختار الصلح في الجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين، وكما هو معلوم فإن مدة الاعتقال المقررة للمخالفات لا تتجاوز في كل الأحوال شهرا واحدة في التشريع المغربي، الشيء الذي يكون معه الاقتصار على المخالفات المقتصرة على الغرامة المالية فقط مناف لرغبة المشرع الجنائي المغربي الرامية إلى تكريس بدائل للدعوى العمومية.

ومما يسترعي الانتباه في هذا الموضوع أن المشرع وإن حصر السند التنفيذي في المخالفات المعاقب عليها بغرامة مالية فقط والتي لا ضحايا فيها، فإنه اشترط أن تكون المخالفة محل السند التنفيذي مثبتة في محضر أو تقرير، وعلى ذلك فإن المخالفة متى ما لم تكن مثبتة وفق الشكل الذي حدده قانون المسطرة الجنائية[2] لا يمكن أن تكون محلا للسند التنفيذي، كما هو الأمر بالنسبة للمخالفة التي تعاينها المحكمة أثناء انعقاد الجلسات[3] والتي تتولى البت فيها مباشرة وبصورة فورية، إذ في هذه الحالة لا يتصور أن تسلك فيها النيابة العامة مسطرة السند التنفيذي سواء أكانت المخالفة ارتكبت أمام المحكمة الزجرية أو المحكمة المدنية[4].

(1) مما يلاحظ أن المشرع باقتصاره على المخالفات المعاقب عليها بغرامة مالية فقط، يكون قد استبعد العديد من المخالفات التي قرر فيها الاعتقال والغرامة المالية، كما هو الأمر بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في الفصل 608 من القانون الجنائي الذي يعاقب على المخالفات المنصوص عليها في القانون المذكور بالاعتقال من يوم واحد إلى خمسة عشر يوما وبغرامة من عشرين إلى مائتي درهم.

(2) هنا يجب استحضار مفهوم المحضر والتقرير كما هو منظم في قانون المسطرة الجنائية، وأهم ما يجب التركيز عليه هو أن يكون المحضر أو التقرير المذكورين محررين من قبل الشرطة القضائية.

(3) نصت المادة 359 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: « إذا ارتكبت أثناء الجلسة جريمة لها وصف مخالفة، يأمر رئيس المحكمة بتحرير محضر في شأنها ويستجوب مرتكبها ويستمع للشهود. تطبق الهيئة القضائية حالا العقوبات المقررة في القانون بناء على ملتمسات النيابة العامة.
لا يمكن الطعن في هذا الحكم بأية وسيلة من وسائل الطعن.»

(4) ينص الفصل 43 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: « تكون الجلسات علنية إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك.
لرئيس الجلسة سلطة حفظ النظام بها ويمكنه أن يأمر بأن تكون المناقشة في جلسة سرية إذا استوجب ذلك النظام العام أو الأخلاق الحميدة.
يجب على الخصوم شرح نزاعاتهم باعتدال. فإذا أخلوا بالاحترام الواجب للعدالة جاز للرئيس أن يحكم عليهم بغرامة لا تتعدى ستين درهما.
يجوز للرئيس دائما في حالة اضطراب أو ضوضاء أن يأمر بطرد الخصم أو وكيله أو أي شخص آخر من الجلسة.
إذا امتنع الأفراد الذين وقع طردهم أو عادوا إلى الجلسة أمكن للرئيس أن يتخذ الإجراءات طبق مقتضيات المسطرة الجنائية.

ثانيا: شكليات السند التنفيذي:

لقد حدد المشرع الشكليات التي يجب أن تراعى في السند التنفيذي، وهنا لابد من التمييز بين الشكليات المتعلقة بالسند التنفيذي ذاته، وتلك المرتبطة برسالة تبليغه للمخالف.

وهكذا؛ فبالنسبة للشكليات المتعلقة بالسند التنفيذي، فقد حددها المشرع في المادة 376 من قانون المسطرة الجنائية، وهي بيانات يجب أن يتضمنها السند المذكور، وهي كالتالي:

- الاسم الشخصي والاسم العائلي والمهنة ومحل السكنى وإن أمكن رقم بطاقة الهوية ونوعها لمرتكب المخالفة وللمسؤول عن الحقوق المدنية إن اقتضى الحال؛
- بيان المخالفة ومحل وتاريخ ارتكابها ووسائل إثباتها؛
- النصوص المطبقة في القضية؛
- بيان مبلغ الغرامة مع الإشارة إلى أدائها بصندوق كتابة الضبط بأية محكمة ابتدائية

ومما يلاحظ في هذه البيانات أن تحقق الغاية من إبلاغ المخالف بها، بحيث أنها تعرف به تعريفا واضحا، وتوضح نوع المخالفة والمكان والتاريخ الذي ارتكبت فيه، كما تبين الوصف القانوني للمخالفة والعقوبة المقررة لها من خلال إدراج النص المطبق عليها، وهو ما يجعل المخالف على بينة من مبلغ الغرامة المقررة قانونا ليراقب مدى احترام النصف الحد الأقصى المقرر لها.

ومن المعلوم أن لكل بيان من البيانات أثره القانوني الذي يمكن أن يكون محل منازعة من قبل المخالف، الشيء الذي يجعل من إدراجها في صلب السند التنفيذي أمرا ملزما من

إذا صدرت أقوال تتضمن سبا أو إهانة خطيرة تجاه المحكمة حرر رئيس الجلسة محضرا يرسل في الحال إلى النيابة العامة لتطبيق المسطرة المتعلقة بالتلبس بالجريمة.»

هذا الجانب، ومن جانب آخر من أجل تفادي جزاء البطلان المنصوص عليه في المادة 751 من قانون المسطرة الجنائية.

ومن البيانات التي يجب أن تضمنها النيابة العامة في السند التنفيذي، الإشارة إلى إمكانية أداء المبلغ المقترح في صندوق أية محكمة من المحاكم المختارة من قبل المخالف، وفي ذلك تيسير على هذا الأخير وتشجيع له على قبول السند التنفيذي بدل إرهاقه بالانتقال من محل سكناه الذي قد يكون بعيدا عن المحكمة التي صدر عنها السند التنفيذي. وفي هذا السياق نرى أن المشرع أغفل إمكانية أداء الغرامة المقترحة بصندوق مراكز القضاة المقيمين باعتبارها أقرب مرفق قضائي للأفراد خاصة القاطنين في المناطق النائية، الشيء الذي نتساءل معه حول ما إذا كان للمخالف إمكانية الأداء في تلك المراكز أم لا؟

ولما كان السند التنفيذي صادرا عن جهة قضائية فإن تاريخ صدوره وتوقيع ممثل النيابة العامة الذي أصدره يعتبر من البيانات الضروري إدراجها في السند المذكور وإلا كان باطلا لعدم إمكانية تحديد الجهة الصادر عنها.

أما بخصوص الشكليات التي فرض المشرع توافرها في رسالة تبليغ السند التنفيذي؛ فقد حددت بموجب الفقرة الثانية من المادة 377 من قانون المسطرة الجنائية التي نصت على ما يلي: « تتضمن رسالة التبليغ إشعار المعني بالأمر بأن يؤدي مبلغ الغرامة، وإلا فإن القضية ستحال على جلسة يحدد تاريخها في السند القابل للتنفيذ ويعتبر الإشعار بمثابة استدعاء لهذه الجلسة.»

وبالتالي فإن أية رسالة تبليغ يتوصل بها الشخص المخالف يجب أن تتضمن:

الإشعار بأداء الغرامة المقترحة من قبل وكيل الملك والمحددة في نصف الحد الأقصى

للغرامة المقررة قانونا، ومن الملاحظ أن ذكر لفظ إشعار يعطي إمكانية للمخالف بحرية الاختيار بين أن يؤدي أو أن يرفض الأداء، بعكس لو تمت الإشارة إلى الأمر فإن المخالف يصبح ملزما بالأداء، وحسنا فعل المشرع لما اختار لفظ الإشعار بدل الأمر.

التنبيه بأنه في حالة الرفض فإن القضية ستحال على الجلسة، وهنا تظهر الطبيعة القانونية للسند التنفيذي باعتباره بديل للدعوى العمومية، وفي هذه الحالة فإن السند المذكور يجب أن يتضمن تاريخ انعقاد الجلسة التي ستعرض فيها القضية على أنظار المحكمة، إذ يعتبر هذا الإشعار الذي يتوصل به المخالف بمثابة استدعاء للجلسة المذكورة، وهو ما تجب الإشارة إليه، في نظرنا، في صلب رسالة التبليغ. وبذلك فإن المشرع يرسم الخطة التي ينفذ بها هذا البديل من بدائل الدعوى العمومية، وفي حالة تعنت المخالف في الاستجابة لهذا النوع من المصالحة فإن النيابة العامة تصبح ملزمة بمباشرة إجراءات الدعوى العمومية.

ثالثا: آثار السند التنفيذي في مواجهة المخالف:

لقد أعطى المشرع للمخالف الحرية الكاملة في الاستجابة لمضمون السند التنفيذي، ولذلك فقد وضع خيارات ثلاثة يمكن اعتبارها، ولكل خيار تأثيره على إثارة الدعوى العمومية:

الخيار الأول: ويتعلق بموافقة المخالف على السند التنفيذي ومبادرته إلى أداء الغرامة المقترحة داخل الأجل المحدد له، وفي هذه الحالة فإن النيابة العامة تفقد الحق في إثارة الدعوى العمومية، مدام موضوعها قد انقضى بالأداء وتحقق الردع المطلوب بذلك الأداء، وكما هو معلوم فقد نصت المادة 379 من قانون المسطرة الجنائية على هذا الخيار.

الخيار الثاني: ويتعلق بالحالة التي يرفض فيها المخالف الاستجابة للسند التنفيذي،

ففي هذه الحالة يجب على المخالف أن يعبر عن هذا الرفض في نفس رسالة تبليغ السند التنفيذي التي يجب عليه إعادة إرسالها إلى النيابة العامة الصادر عنها السند التنفيذي، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 377 من قانون المسطرة الجنائية على هذا الخيار. وترتيبا على هذا الرفض فإن النيابة العامة تصبح مجبرة على تحريك الدعوى العمومية في مواجهة المخالف وفق ما تمت الإشارة إليه في صلب السند التنفيذي.

الخيار الثالث: وهي الحالة التي لا يعبر فيها المخالف عن أي موقف سواء بالرفض أو بالقبول داخل الأجل القانوني، ففي هذه الحالة قررت المادة 380 من قانون المسطرة الجنائية أن يفسر هذا الإحجام عن إظهار الموقف بمثابة قبول، يجعل من السند التنفيذي نهائيا وقابلا للتنفيذ، الشيء الذي يلزم النيابة العامة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذيه.

وعلى العموم، فإن الجهود التي بذلها المشرع المغربي من أجل إدماج بعض صور بدائل الدعوى العمومية في صلب التشريع المغربي قد أثمرت حلولا لبعض النيابات العامة من أجل تنزيل مقتضياتها، غير أن الجهود التشريعية الحالية لا تكفي الشيء الذي يفتح السؤال حول مدى إمكانية تطوير التجربة المغربية في هذا المجال إن على المستوى العملي أو على مستوى التشريع ذاته، وهذا ما سنتولى الحديث عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: مستجدات منتظرة بخصوص بدائل الدعوى العمومية على ضوء الممارسة العملية

إن الحديث عن آفاق تبني طرق بديلة للتحول من العدالة الجنائية «البطيئة» إلى العدالة الجنائية «السريعة»، تمليه ما أفرزته التجربة العملية في مجال تنزيل أحكام الصلح (المطلب الأول)، ما دامت الممارسة غالبا ما تكون موجها للمشرع من أجل إعادة النظر في واقع التشريع بغاية تطويره وتجويده مستقبلا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقييم الممارسة العملية في تفعيل بدائل الدعوى العمومية

إذا كان للوقوف على ما أفرزته الممارسة العملية في أي مجال اتصال بالمقاربة الإحصائية باعتبارها منهجا كاشفا لكيفية تدبير تنزيل أحكام التشريع على أرض الواقع، فإن المقاربة المذكورة ستكون بالغة الأهمية بخصوص الحديث عن بدائل الدعوى العمومية في سياق مناخ مجتمعي لا يزال يؤمن بسياسة الردع العقابي المقترن بالسجن أكثر من غيره من الحلول الأخرى. ولذلك فإن البحث في الأرقام المتعلقة بتدبير النيابة العامة بالمغرب لهذه البدائل (الفقرة الأولى) يمكن أن يكون ممهدا للكشف عن المعيقات التي تعترض التنزيل الأسلم لتلك البدائل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: بدائل الدعوى العمومية في أرقام

بالرجوع إلى الإحصائيات التي تيسّر الاطلاع عليها بخصوص تفعيل النيابات العامة لبدائل الدعوى العمومية، وقفنا على أن التقارير السنوية الصادرة عن رئاسة النيابة العامة قد أشارت إلى بعض الأرقام الإجمالية المتعلقة بالصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن الإحصائيات المذكورة تهم سنوات 2018 و2019 و2020، وقد جاءت على النحو التالي:

1. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة 2018 فقد بلغ 7566 محضرا[1].

2. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة 2019 فقد بلغ 8396 محضرا[2].

(1) التقرير السنوي الثاني لرئاسة النيابة العامة لسنة 2018، ص 83.
(2) التقرير السنوي الثالث لرئاسة النيابة العامة لسنة 2019، ص 117.

3. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة 2020 فقد بلغ 3904 محضرا[1].

وكما هو ظاهر من خلال الأرقام أعلاه، فإن حالات اللجوء إلى الصلح كآلية بديلة للدعوى العمومية تبقى ضعيفة بالنظر إلى عدد المحاضر التي تحال على النيابات العامة بمختلف المحاكم، حسب ما تبرزه الإحصائيات الرسمية، الشيء الذي يبعث على التساؤل حول الأسباب الحقيقية التي تجعل النيابات المذكورة لا تلجأ إلى هذه الآلية التصالحية بالرغم من نتائجها الإيجابية على مستوى أداء محاكم الموضوع التي ستتفرغ للبت في القضايا الأكثر تعقيدا.

وزيادة على ذلك يجوز لنا التساؤل حول ما إذا كانت النيابات العامة بالمحاكم الابتدائية تقوم بتعويض اللجوء إلى الصلح في القضايا التي تنازل فيها الضحية عن شكايته باتخاذ قرار الحفظ أم لا؟ ذلك أن مشروعية هذا التساؤل تنبع مما تظهره الإحصائيات المتعلقة بعدد المحاضر التي اتخذت فيها النيابات العامة بالمحاكم الابتدائية قرار الحفظ خلال سنوات 2018 و2019 و2020، والتي تشير إلى أنه خلال:

1. سنة 2018 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار الحفظ ما يناهز 446.209 محضرا، في مقابل 7566 محضرا أنجز فيه الصلح[2].

2. سنة 2019 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار

(1) التقرير السنوي الرابع لرئاسة النيابة العامة لسنة 2020، ص 64.
(2) التقرير السنوي الثاني لرئاسة النيابة العامة لسنة 2018، ص 83.

الحفظ ما يناهز 474.678 محضرا، في مقابل 8396 محضرا أنجز فيه الصلح[1].

3. سنة 2020 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار الحفظ ما يناهز 501.991 محضرا، في مقابل 3904 محضرا أنجز فيه الصلح[2].

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن هذا الضعف في اللجوء إلى الصلح كآلية بديلة للدعوى العمومية يأتي في الوقت الذي وجهت فيه رئاسة النيابة العامة دورية[3] لجميع النيابات العامة تحثهم من خلالها على سلوك الصلح تفعيلا للمقتضيات القانونية المتعلقة به.

وقد خلصت الدورية السابقة إلى نفس الخلاصات التي خلصنا إليها بخصوص ضعف اللجوء إلى الصلح، وهو ما يتأكد «من خلال تتبع الإحصائيات الصادرة عن المحاكم خلال السنتين الأخيرتين (2018 و2019)، يلاحظ عدم التطبيق الواسع لهذه المسطرة (مسطرة الصلح)، ووجود تفاوت كبير بين النيابات العامة في مدى تفعيلها»[4] وقد كشفت نفس الدورية إلى أن هذا التفاوت واضح بصورة جلية بحيث أشارت إلى أن بعض المحاكم لجأت إلى هذه المسطرة في أكثر من مائة محضر، بينما لم تبادر محاكم أخرى إلى تطبيق الصلح في أية مسطرة.

---

(1) التقرير السنوي الثالث لرئاسة النيابة العامة لسنة 2019، ص 117.

(2) التقرير السنوي الرابع لرئاسة النيابة العامة لسنة 2020، ص 64.

(3) دورية رئاسة النيابة العامة موجهة إلى الوكلاء العامين لدى محاكم الاستئناف ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية عدد 24 س / ر ن ع وتاريخ 11 يوليوز 2019.

(4) نفس الدورية.

إن واقع الصلح باعتباره بديلا من بدائل الدعوى العمومية يجعلنا نتساءل حول المعيقات التي تعترض تفعيل هذه المسطرة بالشكل الذي يحقق الغايات التي توخاها المشرع من سن المسطرة المذكورة، وهو ما سنتطرق له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: بعض المعيقات التي تعترض تطبيق مسطرة الصلح كبديل للدعوى العمومية

لقد أشارت دورية رئاسة النيابة العامة، المشار إليها أعلاه، إلى نقطة غاية في الأهمية ألا وهي عدم ارتباط تفعيل أو عدم تفعيل الصلح بحجم المحكمة بالنظر لعدد القضايا المعروضة عليها، وإنما يبقى الدور المحوري ملقى على عاتق قاضي النيابة العامة الذي يجب عليه أن يتحلى بالإيجابية ويلجأ إلى تطبيق الصلح كلما تبين له توافر شروطه في القضايا المعروضة عليه. وانطلاقا من هذه المتلازمة القائمة بين الواقع والعنصر البشري يتبين أن هذا الأخير يبقى المحور الأساس في تفعيل الصلح، غير أن الاستقصاء حول التجربة العملية بهذا الخصوص أفادتنا بأن أهم العوامل المؤثرة في تطبيق مسطرة الصلح ترجع إلى ما يلي:

1. ترشيد سياسة تقديم المشتبه بهم أمام النيابات العامة؛

وذلك من خلال عدم تقديم المشتبه بهم في الجنح الضبطية، التي تشكل جنحا قابلة للصلح، في أغلب الحالات نظرا لعدم تأثيرها على النظام العام الاجتماعي، الشيء الذي يتعذر معه إجراء الصلح الذي اشترط فيه المشرع حضور الأطراف أمام وكيل الملك كأهم شرط وفق المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

2. اعتبار الوضعية المادية والاجتماعية للمعني بالأمر؛

وذلك لعدم قدرته على الأداء الشيء الذي ينعكس معه على مستوى المراقبة القضائية التي تنتهي برفض التصديق على محضر الصلح، وكذا على مستوى تنفيذ قرارات الصلح في حالة التصديق وعدم مبادرة المعني بالأمر إلى تنفيذ ما التزم به.

3. ضغط العمل الناتج عن عدم التناسب بين عدد الموارد البشرية والمحاضر المحالة على النيابات العامة في إطار التقديم؛

إذ أن عدد قضاة النيابة العامة المكلفين بالتقديم قليل بالنظر لعدد المحاضر التي تحيلها الشرطة القضائية يوميا وما يتعلق بها من مجهودات لاتخاذ القرارات المناسبة بشأنها، الشيء الذي ينعكس سلبا على قدرة قضاة النيابة العامة على تفعيل مسطرة الصلح ومتابعة إجراءاتها أمام القضاء مما يشكل عبئا إضافيا يثقل كاهلهم.

ومهما يكن فإن أهم المعيقات التي تعترض تفعيل مسطرة الصلح تبقى، حسب رأينا، خاضعة بصورة كبيرة للثقافة السائدة لدى الأفراد الذين يرفضون حل النزاعات خارج سياق منطق الزجر، مع عدم الوعي بأهمية مسطرة الصلح سواء على مستوى الحفاظ على استقرار العلاقات بينهم من جهة، أو على إمكانية اختزال الزمن القضائي من أجل الحصول على الحق والمساهمة في ردع المخالفين للقانون الجنائي بما يتناسب مع حجم الضرر الناتج عن الأفعال المقترفة، من جهة أخرى.

وبناء على كل ما سبق، يمكن القول بأن لتظافر العوامل مجتمعة سواء المؤسساتية منها أو البشرية أو القانونية تأثير على مستوى تفعيل مسطرة الصلح أو إصلاحها، ولعل هذا ما حذا بالمشرع إلى التفكير في إدخال تعديلات على المساطر البديلة للدعوى العمومية؛ وهو ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مستجدات منتظرة بخصوص بدائل الدعوى العمومية

لقد أدت المؤشرات التي تطرقنا إليها في المطلب السابق بالمشرع إلى معاودة النظر في بعض أحكام بدائل الدعوى العمومية، وهو ما يستشف من خلال الصيغة المتداولة لمشروع قانون المسطرة الجنائية والمؤرخة في نونبر 2021[1]. ولإبراز الجهود الرامية إلى تجويد الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية فإننا سنتولى الحديث المستجدات التي ستطال مسطرة الصلح باعتباره بديلا من بدائل الدعوى العمومية (الفقرة الأولى) وأخرى متصلة بالسند التنفيذي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أهم المستجدات المرتقبة في مجال الصلح كبديل للدعوى العمومية

باستقراء الصيغة المقترحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية والمؤرخة في نونبر 2021 نجد أن المشرع قد أقر مستجدات متعلقة بسلطات النيابة العامة في مجال الصلح كبديل للدعوى العمومية (أولا)، كما أدخل أخرى تتعلق بتنظيم أحكام الصلح (ثانيا).

أولا: تزايد سلطات النيابة العامة في مجال اعتماد الصلح كبديل للدعوى العمومية

في البداية لا بد من التأكيد على أن واضع مشروع قانون المسطرة الجنائية حاول أن يحدد الطبيعة القانونية لبدائل الدعوى العمومية، وقد أبان عن نيته تلك بمناسبة الحديث عن الصلح، فقد نص في الصيغة الجديدة المقترحة بموجب الفقرة الأولى من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي « يعتبر الصلح بديلا عن الدعوى العمومية إذا توفرت شروط إقامتها، ولا يمس بقرينة البراءة.»

(1) نثير الانتباه إلى أنه أثناء دراستنا لهذا الموضوع وقفنا على صيغ مختلفة لمشروع قانون المسطرة الجنائية، الشيء الذي جعلنا نعتمد على آخر صيغة وضعنا يدنا عليها، معتقدين أنه بإقدام وزارة العدل على سحب مشروع قانون المسطرة الجنائية من أمام البرلمان قد يحمل جديدا في مجال بدائل الدعوى العمومية.

ومما يستشف من المقتضيات المشار إليها أعلاه أن المشرع حدد الطبيعة القانونية للصلح في سياق المادة 41 وجعله بديلا للدعوى العمومية، وهو ما أكدنا عليه أعلاه في معرض تمييزنا لمفهوم البديل عن غيره من المفاهيم المشابهة. وبذلك فإن حسم المشرع في طبيعة الصلح الواقع قبل مباشرة أي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى العمومية من شأنه توضيح الصورة في ذهن الممارسين وعموم المهتمين بهذا النوع من المساطر القانونية في المجال الجنائي.

غير أن مما يثير الانتباه، هو أن المشرع وضع شرطا مهما لابد من مراعاته من أجل مباشرة إجراءات الصلح، وقد حدده في ضرورة التأكد مما إذا كانت شروط إقامة الدعوى العمومية متوافرة أم لا؛ وهو أمر منطقي، في نظرنا، من الناحية التشريعية، ذلك أنه في الحالات التي لا تتوفر فيها الشروط اللازمة لإقامة الدعوى العمومية فلا يتصور الحديث عن أي بديل من بدائل الدعوى العمومية.

ومما يرتبط بالشروط التي يجب مراعاتها لمباشرة إجراءات الصلح في هذا السياق، ما أورده المشرع في الفقرة الثالثة من الصيغة الجديدة المقترحة للمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية والتي تنص على أنه: «يمكن لوكيل الملك إذا بدت له أدلة كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين ...» بمعنى أن من بين المؤشرات الدالة على مدى توافر شروط الصلح أن تسفر الأبحاث التمهيدية عن وجود أدلة كافية تفيد كون المشتكى به أو المشتبه به هو مرتكب الفعل الجرمي، وإذا لم تسفر تلك الأبحاث عن أي دليل فإن اقتراح الصلح يبقى سابقا لأوانه.

ومن نتائج تحديد الطبيعة القانونية للصلح وشروط إعماله، أن عمل المشرع على تمكين النيابة العامة بالمزيد من الحلول من أجل تفعيل إمكانية الصلح. وفي هذا السياق فقد أصبحت الفقرة الثالثة من الصيغة الجديدة المقترحة للمادة 41 ركيزة أساسية من ركائز

السلطات التي يتمتع بها وكيل الملك في مجال الصلح، وهكذا فقد نصت الفقرة المذكورة على ما يلي «**يمكن لوكيل الملك إذا بدت له أدلة كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين ويسعى إلى تحقيقه بينهما أو يمهلهما لإجرائه. كما ويمكنه أيضا أن يعهد بذلك إلى محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك أو أن يستعين بخدمات خلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم التي يقوم بها الموظفون المكلفون بمهام المساعدة الاجتماعية إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة والأطفال**».

وباستقراء المقتضيات المذكورة، يتبين أن المشرع مكَّن النيابة العامة من العديد من الإمكانيات الرامية إلى المزيد من التبني لمسطرة الصلح، ويظهر هذا التمكين من خلال الآتي:

1. **إمكانية تمديد زمن إجراء الصلح:**

إذ في ظل القانون الجاري به العمل، فإن المشرع ألزم وكيل الملك باقتراح الصلح عندما يمثل الطرفان أو المشتكى به أمامه، وليس هناك أي خيار لإمكانية إمهال الطرفين لإجراء الصلح، غير أنه بموجب التعديل المقترح فقد أصبح بإمكان ممثل النيابة العامة أن يقترح على الطرفين إجراء صلح بينهما عند مثولهما أمامه، أو يمكنهما من مهلة لإجرائه إن اقتضى الحال. وفي تقديرنا فإن هذا التوجه يعطي المزيد من الحرية للمشتكى به أو المشتبه يه من أجل تقرير ما إذا كان مضمون الصلح مناسبا له أم لا، وبالتالي فإن مسطرة الصلح كبديل للدعوى العمومية أصبحت تتسم بمرونة أكبر من واقع الصلح في ظل قانون المسطرة الجنائية الجاري به العمل، ولعل هذا الموقف يمكن أن يفسر بتعثر التنزيل الأمثل للصيغة الحالية للصلح لما قد يعترضها من ضغوط قد يواجه بها المشتكى به أو المشتبه به عندما يكون ماثلا أمام النيابة العامة. والملاحظ أن الصيغة الحالية لم

تحدد لوكيل الملك أي أجل للمهملة التي ينوي تمكين الأطراف منها، غير أنه في نظرنا يجب أن تكون مناسبة للقدر الذي يتَبيَّن منه للطرف الضعيف الذي هو المشتكى به أو المشتبه به حقيقة نوايا المتضرر ومدى قدرة المشتبه به على الوفاء بالالتزامات التي يمكن أن تكون محل الصلح.

2. تمكين وكيل الملك من تنويع الجهات المتدخلة في إجراء الصلح:

ويظهر ذلك من الإمكانية التي أعطاها المشرع بموجب هذا المقترح لوكيل الملك من أجل إسناد مهمة الصلح لكل من محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره هو بنفسه، وفي ذلك توسعة لطرفي الصلح، إذ في نظرنا، فإن إدماج المحامي في مسطرة الصلح من شأنه أن يوفر ضمانات أكبر للطرفين من أجل الوقوف على حقيقة موقفهما القانوني، وبالتالي اقتراح ما يريانه مناسبا لهما من أجل إبرام الصلح. كما يمكن أن تشكل إمكانية إدماج مفهوم الوساطة إضافة نوعية لتدبير الإجراءات الجنائية، الأمر الذي نعتبره تطورا مهما في تبني المشرع لبدائل الدعوى العمومية يسير في منحى الاتجاه الذي سارت فيه المساطر المدنية بمفهومها العام.

3. إعطاء القضايا المتعلقة بالنساء والأطفال مكانة خاصة:

من خلال المقترح المشار إليه أعلاه يتبين أن المشرع أعطى لخلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم التي يقوم بها الموظفون المكلفون بمهام المساعدة الاجتماعية أهمية أكبر في مجال الوساطة في القضايا التي تهم الأسرة والطفل، وهي خطة تنسجم مع التوجه الذي تتبناه الدولة المغربية من خلال البرنامج الحكومي «تمكين» والذي يروم حماية حقوق النساء اللواتي هن في وضعية هشة وخاصة الحقوق الاقتصادية. كما أن هذا التوجه يظهر بالملموس أهمية المقاربة القانونية التي أولاها المشرع للطفل وما يجب

أن يحظى به من اهتمام وخاصة تجنيبه ما أمكن الانغماس في الإجراءات القضائية الجنائية بما يؤثر على تمثلاته الاجتماعية.

وإذا كانت سلطات النيابة العامة بخصوص مباشرة إجراءات الصلح قد شهدت اتساعا ملحوظا كما لامسناه أعلاه، فإن التعديلات المرتقبة في الأحكام المتعلقة بموضوع الصلح تبدو أكثر أهمية وفق ما سنقف عليه.

ثانيا: مقترحات بشأن الإصلاحات التشريعية للأحكام المتعلقة بالصلح كبديل للدعوى العمومية

انسجاما مع التوجه الذي تبناه المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية الحالي والذي يجد سنده في «إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين»، يمكن أن نقرأ الجهود التي يبذلها المشرع في مجال إدماج بدائل الدعوى العمومية بالجهود الجبارة، ذلك أن المقترحات التشريعية التي من المزمع تبنيها من طرف المشرع تظهر الرغبة الأكيدة في تبني مقاربة تصالحية بعيدة عن المقاربة الزجرية التي لم تستطع الحد من الجريمة، ولذلك فإن تبني خيار الصلح أصبح أكثر من أي وقت مضى خيارا استراتيجيا من أجل تصريف القضايا الجنائية بعيدا عن القضاء الذي يجب أن تتجه جهوده إلى النظر في القضايا الأكثر تعقيدا.

وهكذا؛ فإنه بالنظر فيما أعلن عنه المشرع من خلال النسخة المتاحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية يظهر أن مسطرة الصلح ستشهد العديد من المستجدات المتقدمة والتي يمكن إجمالها في الآتي:

1. مزيدا من الجنح المتصالح بشأنها:

لقد حافظ المشرع على زمرة الجنح الضبطية التي يمكن أن تكون محل صلح بموجب القانون الجاري به العمل، غير أنه ونتيجة لمحدودية النتائج التي أبانت عنها الممارسة العملية بشأن الجرائم المشمولة بالصلح وما رتبته من تزايد في عدد الملفات المعروضة على القضاء بالرغم من عدم أهمية ارتباطها بالنظام العام، فقد عمل المشرع على إضافة أنواع أخرى من الجرائم التي من شأنها أن تخفف من العبء الذي يتحمله القضاء الزجري.

وهكذا فقد أضيفت إلى الجرائم الممكن التصالح بشأنها تلك التي تصل مبالغ الغرامة المقررة لها قانونا إلى مائة ألف درهم بدل خمسة آلاف درهم فقط كما هو معمول به في القانون الساري النفاذ.

وزيادة على ذلك فقد أضاف المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 41 -1 من مشروع قانون المسطرة الجنائية العديد من الجنح التأديبية التي يمكن أن تكون محل صلح، ويتعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في الفصول 401 و404(البند 1) و425 و426 و445 و505 و517 و524 و525 و526 و538 و540 و542 و547 و549 (البندين الأخيرين) 571 من مجموعة القانون الجنائي، والمادة 316 من مدونة التجارة، أو إذا نص القانون صراحة على ذلك بالنسبة لجرائم أخرى.

إن الملاحظ من خلال تعداد الجرائم المذكورة أعلاه أن المشرع حاول أن يصنف الجرائم إلى زمرتين؛ زمرة من الجرائم غير قابلة للصلح، وزمرة أخرى من الجرائم يمكن أن تكون محل صلح سواء بين طرفيها أو بين المشتبه به والنيابة العامة، ونظرا لجنوحه نحو التوسع في المقاربة التصالحية فإن المشرع حاول أن يترك الباب مفتوحا لإضافة جرائم أخرى غير التي عددها أعلاه لتنضاف لزمرة الجرائم المتصالح بشأنها. الأمر الذي يدل على النية

الأكيدة والرغبة المتزايدة للمشرع المغربي في اعتماد الطرق البديلة في المجال الزجري.

2. تواري سلطة قضاء الموضوع في مجال الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية:

مما يثير الانتباه في المستجدات المنتظرة أن المشرع عمل على جعل مسطرة الصلح من اختصاص النيابة العامة حصريا، من غير إمكانية إدخال اية جهة قضائية أخرى سواء أكانت رئيس المحكمة أو قضاء الموضوع، وهو ما يظهر من خلال خيار الاستغناء عن مسطرة التصديق المعمول بها حاليا بموجب المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية. ولعل من شأن هذا التوجه أن يخفف من تعقد المساطر القضائية وينسجم مع الفلسفة التي تقوم عليها سياسة المصالحة والتي تتسم بالسرعة والفعالية.

3. **تأثير مسطرة الصلح على التقادم:**

من المستجدات المنتظرة في قانون المسطرة الجنائية، أن المشرع قد عمل على جعل مسطرة الصلح مسطرة قضائية عندما جعل لها تأثير على أمد تقادم الدعوى العمومية. وهكذا فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 41 -1 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على أنه «تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء يرمي إلى إجراء الصلح أو إلى تنفيذه»؛ وبذلك فإن الملاحظ أن المشرع جعل للإجراءات التي تباشرها النيابة العامة بخصوص مسطرة الصلح أثرا في تقادم الدعوى العمومية يترتب عنها وقف سريان أمد التقادم، كأن المشرع أحدث صورة جديدة للقاعدة المنصوص عليها في الفقرتين السابعة والثامنة من المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية.

وإذا كانت تلك أهم المستجدات التي رصدناها بخصوص الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية، فإن المستجدات التي عرفتها إجراءات السند التنفيذي لا تقل أهمية

عما ذكر الشيء الذي يكون مناسبا معه التطرق لأهم الخطوط العريضة للمستجدات التي ستعرفها هذه الإجراءات.

الفقرة الثانية: تغييرات مهمة مرتقبة في مجال السند الإداري التصالحي في المخالفات والجنح كبديل للدعوى العمومية

إن أهم ما يتعلق بالتعديلات المرتقبة في مجال السند التنفيذي يتصل إما بالجرائم التي يمكن أن تكون محل سند تنفيذي، أو بالجهات المتدخلة في مسطرته وكذا في شكلياته.

أولا: اتساع نطاق الجرائم المشمولة بالسند التنفيذي

لم يعد المشرع مقتصرا حصرا على المخالفات لتكون محلا للسند الإداري التصالحي، وإنما عمل على الزيادة في نطاق الجرائم التي يمكن أن يشملها السند المذكور، وهكذا فقد أضاف المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 383-1 من مشروع قانون المسطرة الجنائية فئة جديدة من الجرائم التي يمكن أن تكون محل سند إداري تصالحي صادر عن الإدارات التي يتبع لها محررو المحاضر المثبتة لتلك الجرائم التي تتمثل في الجنح التي يعاقب عليها القانون بغرامة مالية فقط من غير أي تحديد لسقف هذه الغرامة شريطة أن تكون مندرجة في القوانين المتعلقة بنطاق اختصاص الإدارات التي يتبع لها محررو المحاضر.

وعليه فإن إدماج هذا العدد من الجرائم في صلب زمرة الجرائم التي يمكن أن تكون محلا للسند التنفيذي من شأنه التخفيف من العبء الذي يتحمله القضاء، بشقيه النيابة العامة والحكم، للبت والفصل في القضايا المتعلقة بها.

ثانيا: ظهور جهات غير قضائية أسندت لها سلطة إصدار السندات التنفيذية

زيادة على النيابة العامة التي بقيت محتفظة باختصاصها الأصلي في إصدار سندات تنفيذية متعلقة بالمخالفات عموما كما هو عليه القانون الجاري به العمل، فإن المشرع مكَّن، بموجب الفقرة الثانية من المادة 383-1 من الصيغة المقترحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية المؤرخ في نونبر 2021، لمجموعة من الإدارات إمكانية إصدار السندات الإدارية التصالحية بشأن الجرائم التي تدخل في مجال اختصاصها.

وهكذا فقد أوكل المشرع للأعوان المنتمين للإدارات التي تتولى تدبير بعض القطاعات العمومية التي من المحتمل ارتكاب جرائم تدخل في مجال اختصاصها مهمة إصدار سندات إدارية تصالحية على غرار ما للنيابة العامة في هذا المجال، الشيء الذي يظهر معه أن المشرع وسع من دائرة الفاعلين في مجال العدالة التصالحية في المجال الزجري، مع ما قد يترتب عن هذا الخيار من تخفيف العبء على القضاء.

ثالثا: تغييرات همت شكليات السند الإداري التصالحي

يستفاد من المقتضيات الجديدة المقترحة أن المشرع قد تفهم أهمية الزمن في الاستجابة للسندات التنفيذية، وهكذا فقد رفع من السقف الزمني الذي يمكن خلاله للمخالف أو المعني بالجريمة أن يؤدي مبلغ الغرامة المقترحة عليه والتي لا يجب أن تتجاوز الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها قانونا.

وبخصوص الشكليات المقترحة والتي يجب مراعاتها عند إصدار السند التنفيذي، ما يتعلق بالإشارة إلى حق المخالف في الرفض وإلى إمكانية المنازعة وإلى العقوبة المقررة وفقا للفقرة الثالثة من المادة 383-1 والتي تلزم المحكمة التي ستنظر في الدعوى العمومية في حالة تحريكها بألا تقضي بغرامة يقل مبلغها عن ثلثي مبلغ الغرامة المقررة قانونا.

ونرى أن المشرع حاول من خلال هذه المقترحات أن يوازن بين حق المخالف في المنازعة احترما لمبدأ الشرعية الجنائية من جهة، وأن تجبره على الاستجابة للسند التنفيذي وسلوك المساطر البديلة للدعوى العمومية عندما ألزم الجهة المصدرة للسند التنفيذي بأن تضمنه الإشعار المتعلق بمبلغ الغرامة المحتمل الحكم على المخالف به في حالة رفضه للاستجابة، الشيء الذي يجعل هذا الأخير مجبرا على التنفيذ إذا ما لم تكن له أية منازعة جدية بخصوص المخالفة أو الجريمة موضوع السند التنفيذي.

كما نرى أن المشرع لما أعطى للمخالف حق المنازعة في السند التنفيذي فإنما حد من السلطة التي يمكن أن تتعسف فيها الجهات الموكول لها أمر إصدار السند التنفيذي، وجعل القضاء ملجأ أخيرا للمخالف لتفادي كل تغول للإدارة في هذ الصدد والتي تبقى على كل حال غير مختصة لإلزام المعني بالأمر بتنفيذ الغرامة المقترحة، إذ عليها كلما تبين عدم استجابة المخالف للسند التنفيذي داخل الأجل القانوني أن تحيل القضية للنيابة العامة المختصة قصد مباشرة إجراءات التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 380 من قانون المسطرة الجنائية الحالي مع ما يترتب عن ذلك من تأثير على قرار تحريك الدعوى العمومية وفق ما أسلفنا التطرق إليه.

خلاصة:

إن الحديث عن المساطر البديلة للدعوى للعمومية سيبقى متشعبا، ومتفرع المشارب وذو راهنية متجددة خاصة وأن المقاربات الحقوقية التي تحاول التشريعات تبنيها، والجهود التي تبذلها الدول للوفاء بالتزاماتها الدولية في مجال العدالة الجنائية، وعلى رأسها تبني المقاربة التصالحية، من شأنها إعطاء الفرصة للقضاء الوطني للتفرغ للقضايا الأكثر تعقيدا، سيما في ظل حقبة زمنية أصبح فيها القضاء مطالبا أكثر من أي وقت مضى بالاهتمام بقضايا غير تقليدية من شأنها المساهمة في إعادة تنظيم العلاقات ليس على صعيد الأفراد فقط وإنما على صعيد الدول أيضا.

VI. سـلوك المسـطرة الإداريـة لتسـوية نزاعـات الصفقـات العموميـة بيـن الإلزاميـة والاختياريـة

من إعدادالأستاذ رشيد زيان
إطار بالوكالة القضائية لمملكة

مقدمة

بالنظر لأهمية ومزايا الوسائل البديلة لفض المنازعات الإدارية، عمد المشرع المغربي إلى تنويع هذه الوسائل، أملا منه في حل وتسوية ما أمكن من المنازعات المثارة بين الإدارة والأفراد بالطريق الإداري الودي.

وتختلف هذه الوسائل باختلاف مجال تطبيقها، حسب ما إن كان الأمر يهم دعوى الإلغاء، أو يهم دعوى القضاء الشامل.

فإذا تعلق الأمر بدعوى الإلغاء فقد خول المشرع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، والفقرة الثانية من الفصل 360 من ق م م، إمكانية تقديم[1] المعني بالأمر تظلما من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه.

والتظلم[2] الإداري هو طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري سبق صدوره، أملا في إمكان حل النزاع وديا دون خصومة قضائية.

وبذلك تتمثل الحكمة[3] من وراء وجود نظام التظلم الإداري، إتاحة الفرصة للأفراد ليتظلموا

(1) لكي ينتج التظلم آثاره، يجب تقديمه داخل الأجل القانوني، إذ ورد بهذا الخصوص في قرار صادر عن محكمة النقض مايلي: « وأن التظلم حتى ينتج آثاره يجب أن يقدم داخل الأجل القانوني، فتقديم المطلوبين لتظلم خارج أجل الطعن لا يمكن أن يفتح لهم أجلا جديدا لمناقشة قرارات تحصنت بفوات أجل الطعن فيها، احتراما لمبدأ استقرار الأوضاع الإدارية، وجواب الإدارة عن تظلمهم لا يغير من الأمر شيئا، مادام أنها اكتفت فيه بالتشبث بقرارها السابق، والمحكمة بعدم مراعاتها لما ذكر رغم ما قد يكون له من تأثير على نتيجة قرارها، جعلته خارقا للمقتضى المحتج بخرقه عرضة للنقض » القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 41/2 بتاريخ 19/01/2017 موضوع الملف الإداري عدد 1484/4/1/2015 (غير منشور).

(2) ذ. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1995، ص 65.

(3) ذ. شريف أحمد يوسف بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دراسة تحليلية مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص 295.

- ذ. ماجد راغب الحلو، م س، ص 321.

إلى الجهة الإدارية قبل التوجه إلى القضاء الإداري، ومنح الإدارة فرصة لإعادة النظر فيما أصدرته من قرارات إذا اقتنعت بوجهة نظر مقدم التظلم، فيمكن ذلك حل الكثير من المنازعات بطريقة ودية دون تدخل القضاء، كما أن ذلك يمكن الإدارة من سحب قرارها أو تعديله، وهو ما لا يمكن إدراكه عن طريق القضاء الذي يقتصر دوره في الأصل على رقابة المشروعية، وبذلك تتحقق مصلحة الطرفين معا: الأفراد والإدارة.

وعلى غرار تنظيم المشرع للتظلم في مجال الإلغاء من أجل حل النزاع وديا دون اللجوء إلى القضاء، قام أيضا في مجال القضاء الشامل بسن مجموعة من المساطر والتي تروم تحقيق نفس الهدف، وهو التسوية الودية لفض النزاع.

ومن ذلك ما ورد تحديدا في القوانين المرتبطة بمجال الصفقات العمومية سواء مرسوم[1] الصفقات العمومية لسنة 2013، أو المرسوم[2] المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة، أو بالنسبة للمرسوم المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة سواء الصادر[3] سنة 2000 أو الصادر[4] سنة 2016.

وقد تضمنت هذه القوانين مجموعة من الآليات الهادفة إلى التسوية الودية، تحت تسميات[5] مختلفة، يمكن تجميعها فيما أصطلح عليه المسطرة الإدارية السابقة عن

(1) المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013) ص 3023.

(2) المرسوم رقم 2.01.2332 الصادر في 22 من ربيع الأول 1423 (4 يونيو 2002) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5010 بتاريخ 6 يونيو 2002 الصفحة 1800.

(3) المرسوم رقم 2.99.1087 الصادر في 29 من محرم 1421 (4 ماي 2000) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ فاتح يونيو 2000 ص 1280.

(4) المرسوم رقم 2.14.394 الصادر بتاريخ 6 شعبان 1437 (13 ماي 2016) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6470 بتاريخ 2 يونيو 2016 ص 4111.

(5) استعمل المشرع في المادة 169 من مرسوم سنة 2013 مصطلح الشكاية، وفي دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000 في مادتيه 44 و 45 ودفتر 2016 في مادتيه 48 و 49 طلب التعويض أو الفسخ، كما استعمل في المادتين 71 و 72 من دفتر سنة 2000 والمادتين 53 و 54 من دفتر سنة 2002 مذكرة مطالب، ثم التظلم، كما استعمل في المادة 81 من دفتر سنة 2016 مصطلح الشكاية.

المطالبة القضائية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، والتي تهدف إلى تمكين صاحب المشروع من إبداء موقفه من المطالب التي يبديها صاحب الصفقة من أجل محاولة تسويتها وديا قبل عرض النزاع أمام القضاء، في حال فشل هذه التسوية.

ومن بين تطبيقات هذه المسطرة ما خوله المشرع للمتنافسين في مجال الصفقات العمومية من إمكانية توجيه شكاياتهم إلى صاحب المشروع في حالة المنازعة في أسباب إقصاء عروضهم من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة، أو المسطرة المخولة لصاحب الصفقة من أجل المطالبة بالتعويض أو الفسخ في حالة تأجيل تنفيذ الأشغال أو توقيفها، وكذا مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات قبل اللجوء إلى القضاء.

وإذا كانت هذه المقتضيات قد حددت إطارا لصاحب المشروع، وصاحب الصفقة لتسوية النزاعات التي قد تطرأ فيما بينهم على المستوى الإداري، فإن الإشكال الرئيسي الذي أثارته على مستوى الممارسة العملية هو بشأن طبيعة هذه المسطرة، وما إن كانت إلزامية ويعد ممارستها شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى، أو أنها لا تعدو أن تكون مكنة إضافية لصاحب الصفقة لمراجعة صاحب المشروع لتسوية النزاعات إن شاء استعملها، وإن لم يختر ذلك فله أن يسلك طريق المطالبة القضائية مباشرة.

والسؤال البديهي الذي يطرح في تحديد طبيعة هذه المسطرة، هو حول مدى تنصيص المشرع على ترتيب آثار قانونية على عدم سلوكها من عدمه؟

جوابا على هذا السؤال، لئن جاء التظلم في مجال الإلغاء على سبيل الجواز كما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثانية[1] من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا نفس الفقرة[2] من الفصل 360 من ق م م، وهو ما أكده الفقه[3] أيضا، والذي يعتبر التظلم

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على ما يلي: « ويجوز للمعنيين بالأمر أن يقدموا، قبل انقضاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة، تظلما من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه «.

(2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 360 من ق م م على ما يلي: « غير أنه يمكن للمعنيين بالأمر قبل انصرام الأجل المحدد للطعن النزاعي أن يرفعوا تظلما استعطافيا إلى السلطة التي أصدرت المقرر أو إداريا إلى التي تعلوها مباشرة «.

(3) - ذ. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1998، ص 280.

- ذ. شريف أحمد يوسف بعلوشة، م س، ص 293.

الإداري فكرة جوازية واختيارية كأصل عام، وبالتالي لا يعتبر شرطا من شروط قبول دعوى الإلغاء.

وإذا كان الأمر كذلك من حيث المبدأ، فالملاحظ أن المشرع المغربي وبموجب نفس المقتضيات أي المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية في فقرتها الرابعة[1]، والفصل 360 من ق م م في فقرته الرابعة[2] أيضا، قد نص على أنه إذا كان هناك إجراء أو مسطرة خاصة بشأن بعض الطعون الإدارية، فإن طلب الإلغاء القضائي لا يقبل إلا إذا استنفذ هذا الإجراء واتبعت المسطرة الخاصة.

وبالتالي هل الطعن بالإلغاء في قرار الإقصاء من الصفقة يستلزم بالضرورة سلوك المسطرة الإدارية المنصوص عليها في المادة 169 من مرسوم الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى القضاء تطبيقا للمقتضيات المذكورة أعلاه، أو أن الأمر لا يقتضي ذلك؟

هذا ما ستتم معرفته من خلال استحضار ما جرت به الممارسة العملية للقضاء الإداري.

أما بخصوص طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى قضاء التعويض، فهي لا تخلو أيضا من إشكالات، انطلاقا من المقتضيات المنظمة لها، وباقي المقتضيات الأخرى ذات الصلة.

وهكذا فالمستفاد من القراءة الأولية للمقتضيات القانونية المنظمة لهذه المسطرة أن الأمر يهم مسطرة إلزامية وضرورية سابقة عن أي مطالبة قضائية، وذلك ما يظهره حرص المشرع على تنظيم شكلياتها وإجراءاتها وربطها بآجال محددة، وترتيبه عن انصرامها سقوط مطالب صاحب الصفقة.

(1) تنص الفقرة الرابعة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على مايلي: « إذا كان نظام من الأنظمة ينص على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولاً إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد استنفاذ هذا الإجراء وداخل نفس الآجال المشار إليها أعلاه «.

(2) تنص الفقرة الرابعة من الفصل 360 من ق م م على مايلي: « إذا كانت النصوص التنظيمية الجاري بها العمل تنص على مسطرة خصوصية للطعن الإداري فإن طلب الإلغاء لا يقبل إلا بعد إتباع المسطرة المذكورة وضمن الآجال المنصوص عليها أعلاه «.

لكن إذا صح القول بإلزامية هذه المسطرة، ألا ينطوي ذلك على تقييد للحق في اللجوء إلى القضاء كحق دستوري[1] أصيل يجب أن يجرد ويحرر من الشكليات غير الجوهرية التي تعيق الولوج إليه – القضاء - ، وبالتالي ألا يعد ذلك تقييدا على ممارسة صاحب الصفقة لحقه في التقاضي بكل حرية ودون شروط مسبقة، والتي يتوجب تفاديها باعتبارها من رواسب الماضي[2]، أو اعتبار أن حق اللجوء إلى القضاء لئن كان حقا دستوريا فإنه منظم بمقتضى قوانين يعتبر القضاء ملزما[3] بتطبيقها، وبأن تنظيم المشرع لمسطرة سابقة عن ممارسة حق التقاضي ليس معناه الحد من ممارسة هذا الحق، بل يهدف إلى تنظيم ممارسته ليس إلا، وهو ما لا يتعارض مع إقراره؟

وانطلاقا من كل هذا وذاك سيتم التطرق إلى هذا الموضوع من خلال ما أفرزته الممارسة العملية للمحاكم الإدارية، مستحضرين في ذلك ضرورة الموازنة بين مصالح مختلفة، فمن جهة استحضار مزايا سلوك هذه المسطرة في حل الكثير من نزاعات الصفقات العمومية بطريقة ودية دون تدخل القضاء، وما ينتج عن ذلك من تخفيف العبء عن هذا الأخير، ومن جهة ثانية الحرص على عدم ضياع[4] حقوق صاحب الصفقة.

---

(1) تنص الفقرة الأولى من الفصل 118 من الدستور على مايلي: « حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون ».

(2) هناك من يعتبر التظلم عموما راسيا من رواسب نظرية الوزير القاضي في فرنسا، إذ كان الأمر يستلزم اللجوء أولا إلى الطعن أمام الإدارة قبل الذهاب إلى مجلس الدولة، أنظر في هذا السياق:

- ذ. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، السنة الثالثة، سنة 2005، ص 327.
- ذ. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة سنة 2005، ص 202.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 110 من الدستور على ما يلي: « لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون ».

وينص الفصل 117 من الدستور على ما يلي: « يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون ».

(4) ذ. عبد الحق فيكري الكوش، التظلم الإداري في القانون العام المغربي دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2017- 2018، ص 9.

وكل هذا ستتم مقاربته من خلال تحديد طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية عبر المبحثين التاليين:

المبحث الأول: طبيعة المسطرة الإدارية للمنازعة في أسباب إقصاء العروض ومسطرة التعويض عن توقف الأشغال

تولى المشرع بموجب المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، وكذا دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، تنظيم بعض المساطر الإدارية الرامية إلى فض نزاعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك سواء تعلق الأمر بنزاعات تهم قرارات صادرة قبل مرحلة تكوين عقد الصفقة، أو بقرارات لاحقة عن ذلك.

ومن المساطر التي ترتبط بالقرارات السابقة على مرحلة تكوين العقد أذكر على وجه التحديد المسطرة المرتبطة بالمنازعة في أسباب إقصاء عروض المتنافسين التي نظم المشرع إجراءاتها، وآجال سلوكها، وذلك قبل عرض المنازعة على القضاء الإداري لفرض رقابته على هذه القرارات إلغاء وتعويضا.

ولكن قبل الوصول إلى مرحلة فرض القضاء الإداري لرقابته على هذه القرارات، يكون من المهم تحديد ومعرفة موقفه من طبيعة هذه المسطرة الإدارية القبلية، وما إن كانت إلزامية قبل اللجوء إلى القضاء أو ليست كذلك، وفق ما سنعرفه على مستوى (المطلب **الأول**).

وإذا كان المشرع قد خول لصاحب المشروع سلطة الأمر بتأجيل الأشغال أو توقيفها، فإنه قد خول بالمقابل للمقاولة الحق في المطالبة بالتعويض أو الفسخ حسب الأحوال، ووضع مسطرة إدارية بضوابط خاصة على المقاول سلوكها، وهو ما يقتضي منا أيضا معرفة موقف

القضاء الإداري من طبيعتها، لما لها من آثار مهمة في تسوية هذه النزاعات بصفة ودية، وفق ما سأبينه من خلال (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: طبيعة مسطرة المنازعة في أسباب إقصاء عرض المتنافس

بالرجوع إلى مقتضيات المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، يلاحظ أن المشرع قد نظم مسطرة خاصة لتمكين كل متنافس من سلوكها في حالة منازعته في أسباب إقصاء عرضه (**الفقرة الأولى**) والكيفية التي نظمت بها هذه المسطرة تقتضي منا البحث في الآثار المترتبة عن عدم مباشرتها، ولاسيما معرفة موقف القضاء الإداري من طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: التنظيم القانوني لمسطرة المنازعة

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 169 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، يلاحظ أن المشرع نظم مسطرة إدارية يتعين على كل متنافس سلوكها في حالات محددة من ضمنها حالة منازعته في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض، أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع.

وقد جاء ضمن هذه المادة ما يلي: « يجوز لكل منافس أن يوجه شكايته كتابة إلى صاحب المشروع المعني إذا:

1- ...

2- ...

3- نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع طبقا للمواد 44 و61 و82 و110 و127 أعلاه؛

وقد حدد المشرع أجلا لممارسة هذه المسطرة، إذ أوجب على المتنافس أن يقدم شكايته داخل أجل خمسة 5 أيام، تحسب من تاريخ تسلم الرسالة المضمونة التي تتضمن التبليغ بسبب الإقصاء.

وعلى صاحب المشروع أن يخبر المشتكي بالجواب الذي خصص لشكايته داخل أجل خمسة أيام، ابتداء من تاريخ تسلم الشكاية المذكورة.

وإذا لم يقتنع المشتكي بجواب صاحب المشروع، يمكنه خلال أجل خمسة 5 أيام إبتداء من تاريخ تسلم جواب صاحب المشروع، أن يرفع بحسب الحالة شكايته إلى الوزير المعني بالنسبة لصفقات الدولة، أو إلى وزير الداخلية بالنسبة لصفقات الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات.

ويمكن للوزير المعني أو لرئيس مجلس الإدارة المعني حسب مرحلة المسطرة إما:

أ) أن يأمر بالقيام بتصحيح الخلل المثبت؛

ب) أن يقرر إلغاء المسطرة.

كما أنه بإمكان الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية، قبل تقرير الإلغاء أن يتم الأمر بإيقاف مسطرة الدعوة إلى المنافسة لمدة لا تفوق 10 أيام كحد أقصى شريطة:

- أن تكون الشكاية صحيحة وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يلحقه ضرر إذا لم يتم توقيف المسطرة؛

- ألا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين.

إلا أنه يمكن لاعتبارات استعجالية تهم الصالح العام تقرير متابعة مسطرة إبرام الصفقة.

ويجب أن ينص كل مقرر اتخذ طبقا لهذه المادة على الأسباب والظروف التي أدت إلى اتخاذه، ويجب أن يدرج هذا المقرر في ملف الصفقة.

وفي جميع الحالات يتعين على الوزير المعني أن يجيب على شكاية المتضرر داخل أجل لا يزيد عن ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام الشكاية.

وإذا كان المشرع قد نظم بإحكام هذه المسطرة في عمومها سواء من حيث حالات اللجوء إليها، وشكلياتها وآجالها، والجهات التي تقدم أمامها، فإن التساؤل هو حول طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية؟

هذا ما سنبحثه من خلال معرفة موقف القضاء الإداري في الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية: موقف القضاء الإداري من طبيعة مسطرة المنازعة في أسباب الإقصاء

من المعلوم أن القرارات الصادرة عن الإدارة خلال المرحلة التمهيدية لعملية التعاقد، وقبل إبرام العقد - كما هو الشأن بالنسبة لقرار الإقصاء – هي قرارات صادرة عنها بوصفها سلطة عامة لا سلطة تعاقد، ومن ثمة فهي قابلة للطعن بالإلغاء متى توافرت فيها شروط قبول دعوى الإلغاء، ومنها شرط إحترام إجراءات وآجال محددة.

ومن المعلوم أيضا أنه إذا كان هناك نظام من الأنظمة ينص على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية، فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولا إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد استنفاذ هذا الإجراء طبقا لمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل هذا معناه أن قبول دعوى الإلغاء في هذه الحالة رهين أيضا باستنفاذ المسطرة الإدارية للمنازعة في أسباب الإقصاء، أو أن عدم مباشرة ذلك يبقى عديم التأثير، ومن ثمة القول بأن هذه المسطرة هي اختيارية وليست إلزامية؟ ثم هل سلوك هذه المسطرة يهم دعوى الإلغاء فقط أو يشمل أيضا دعوى التعويض؟

جوابا على السؤال الأخير اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس[1] أن هذه المسطرة تهم دعوى الإلغاء، ولا تتعلق بدعوى التعويض، إذ جاءت حيثية هذا الحكم وفق ما يلي:

« حيث دفع السيد الوكيل القضائي بكون عدم سلوك المدعيتين مسطرة المطالبة الإدارية كما يوجبها القانون.

لكن حيث إنه إذا كان القانون المنظم للصفقات العمومية قد نظم إجراءات المسطرة الإدارية التي يتعين على المتنافس المتضرر احترامها، فإنه وفضلا عن كون تلك الإجراءات إنما تخص دعوى الإلغاء، ولا تتعلق بدعوى التعويض الإداري التي اختارت المدعيتان رفع الدعوى في إطارها (...)».

أما بشأن طبيعة هذه المسطرة فقد اعتبرتها محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط جوازية، ولا تحول دون حق المقاولة في المطالبة بالتعويض، وقد جاءت حيثية[2] قرار هذه المحكمة كما يلي:

« وحيث من جهة ثانية وخلافا لما تمسك به الوكيل القضائي فإن المادة 169 من المرسوم رقم 2-12-349 الصادر بتاريخ 20-3-2013 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة جاءت بصيغة الجواز لما نصت على أنه ‹ يجوز لكل متنافس أن يوجه شكايته كتابة إلى صاحب المشروع المعني إذا:

(1) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 442 بتاريخ 12/04/2016 موضوع الملف عدد 31/7114/2015 (غير منشور).
(2) - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017 (غير منشور).

1- ...

2- ...

نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع طبقا للمواد 44 و61 و82 و110 و127 أعلاه ...»، الأمر الذي يجعل من المسطرة الإدارية المحتج بها جوازية ولا يترتب عن عدم احترامها سقوط حق المستأنف عليهما في اللجوء إلى المحكمة، والمطالبة بالتعويض عن قرار إقصائهما من الصفقة، مما يظل معه ما أثير في هذا الصدد هو الآخر غير مؤسس ويتعين استبعاده «.

ويتفرع عن موقف المحكمة القاضي بالاستجابة لطلب التعويض تساؤلين أساسيين، الأول يهم مدى إمكانية تعويض المتنافسين إذا لم يقبل عرضهم؟ وإذا كان الأمر ممكنا، فهل يجوز المطالبة بالتعويض مباشرة وقبل إلغاء القرار، أو أن الاستجابة لطلب التعويض رهين بإلغاء قرار الإقصاء؟

جوابا على السؤال الأول، الملاحظ أنه بالرغم من وجود مقتضى قانوني ينص على عدم إمكانية مطالبة أي متنافس بالتعويض إذا لم يقبل عرضه - الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 44 من مرسوم الصفقات العمومية - فإن القضاء الإداري[1] اعتبر تطبيق هذا المقتضى، إنما يكون في الحالة التي تحترم فيها الإدارة ضوابط المنافسة الحرة والشريفة وقواعد الشفافية في اختيار المتنافس الكفء والأصلح، ومن ثمة كلما تبين له بأن الإقصاء غير قانوني فإنه يستجيب لطلب التعويض لجبر الضرر.

أما بخصوص مدى إمكانية المطالبة بالتعويض عن عدم مشروعية قرار الإقصاء مباشرة

---

(1) - أنظر نموذجا: الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 560 بتاريخ 22/05/2017 موضوع الملف عدد 21/7114/2017 (غير منشور).

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017 (غير منشور).

وقبل الطعن فيه بالإلغاء، فالمحاكم الإدارية قد اختلفت في توجهها على غرار اختلافها بشأن المسؤولية عن القرارات الإدارية بشكل عام.

وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط[1] في حكمين صادرين عنها إلى التصريح بعدم قبول الدعوى، بعلة أن التعويض في دعاوى المسؤولية الإدارية عن القرارات الإدارية، رهين بثبوت عدم مشروعية القرار بعد الطعن فيه بالإلغاء داخل الأجل، وهو الأمر الذي لم يكن متحققا في النازلة المعروضة أمامها.

إلا أنها تراجعت عن هذا الموقف في حكم لاحق اعتبرت فيه بأن طريق التعويض يبقى خيارا مفتوحا لا يمكن منعه أو تقييده بشرط إقامة دعوى الإلغاء، مادام أن الدستور كفل حق التقاضي للجميع، ولا يمكن تقييده إلا في إطار القانون، لكنها أوجبت على من اختار طريق التعويض دون دعوى الإلغاء، إثبات خطأ الإدارة في تطبيق القانون الموجب لانعقاد مسؤوليتها، وتحمل نتائج هذا الاختيار.

وقد جاءت حيثية هذا الحكم[2] وفق ما يلي: « وحيث إن المدعية لما استنكفت عن إقامة دعوى الإلغاء ضد قرار إقصائها من الصفقة مع أنه قرار منفصل عن العقد يجوز الطعن فيه في إطار دعوى الإلغاء كما سبق بيانه أعلاه، مع بيان وسائل الطعن المستمدة من عيوب القرار الإداري إما استقلالا أو في إطار دعوى واحدة تشمل الإلغاء والتعويض، كما لم تبادر إلى طلب وقف تنفيذه وفق ما يسمح به القانون المحدث للمحاكم الإدارية في مادته الرابعة والعشرين، ومادامت الإدارة لا تسأل إلا عن القرارات غير المشروعة، فإنه في ظل عدم صدور حكم يقضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل والمؤثر في المركز القانوني للمخاطب به، لا يمكن في ظل ما ذكر حمل قرار الإدارة بإقصاء المدعية من

(1) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 966 بتاريخ 25/3/2015 موضوع الملف عدد 120/7114/2014 (غير منشور).
- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 967 بتاريخ 25/3/2015 موضوع الملف عدد 121/7114/2014 (غير منشور).
(2) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1315 بتاريخ 11/4/2017 موضوع الملف رقم 224/7114/2016 (غير منشور).

العروض على عدم المشروعية، مادام الأصل في القرارات الإدارية سلامتها ومشروعيتها، وأن القرارات السليمة لا تولد الحق في التعويض، علما أنها لم تنازع عبر المسطرة الإدارية في أسباب الإقصاء وفق الكيفية وداخل الأجل المقرر في المرسوم المنظم للصفقات العمومية، ويبقى إثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما المدخل الوحيد للقول باستحقاق التعويض المطالب به في إطار دعوى المسؤولية الإدارية.

.(...)

وحيث إنه بخصوص الضرر المطالب بالتعويض عنه (...) أن المدعية تتحمل كامل مسؤوليتها عن الامتناع عن سلوك طريق الطعن بالإلغاء قبل مباشرة دعوى التعويض في إطار القضاء الشامل، ولأن الأضرار المدعى بها ثبت أنها ناتجة في جزء منها عن عدم التزام المدعية بشكل الصفقة المعلن عنه من طرف الإدارة، كما أن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 44 من المرسوم السالف الذكر، لا تخول للمتنافس الذي تم إقصاء طلبه حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة المصاريف التي تكبدها لنيل الصفقة، ولا يحق لمن تم إقصاؤه سوى استرجاع الضمانة المؤقتة، فإن العلاقة السببية بين الضرر المطالب به والخطأ المدعى نسبته للإدارة تبقى غير قائمة، ويتعين بالتالي الحكم برفض الطلب لانتفاء عناصر المسؤولية الإدارية «.

ولئن كانت المحكمة الإدارية بفاس تقر[1] بأن عدم الطعن بالإلغاء في قرار الإقصاء واستصدار حكم نهائي بعدم مشروعيته، يفقد المعني بالأمر حق المطالبة بالتعويض

(1) - ذ. عمر التازي، نزاعات الصفقات العمومية من خلال العمل القضائي للمحكمة الإدارية بفاس، سلسلة الأيام الدراسية لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، العدد السادس، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2020، ص 195.

عن هذا القرار، إلا أنها تراجعت[1] عن ذلك، معتبرة أنه يكفي أن تتحقق عدم مشروعية القرار عند النظر في دعوى التعويض، وأن القول بخلاف ذلك لا يستقيم وقواعد العدل والإنصاف، وفيه تقييد لمبدأ الحق في التقاضي.

وفي نفس الاتجاه اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[2] بأنه لئن كان قرار الإقصاء من الصفقة قرار منفصل عن العملية التعاقدية، ويقبل الطعن فيه بالإلغاء، فإن المعنية بالأمر غير مجبرة على تقديم دعوى تهدف إلى الحكم بإلغاء القرار المذكور قبل تقديم طلب التعويض عنه، بل يحق لها اللجوء مباشرة إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها.

ولئن اعترفت محكمة النقض[3] – في إطار تسوية الوضعية – بحق الخيار بين سلوك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل، إلا أنها قيدت ذلك بعدم تجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء، والانتقال إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل، والحال أن القصد هو الوصول إلى إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعد مرور الآجال المحددة قانونا.

---

(1) - أنظر نموذجا:

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 442 بتاريخ 12/04/2016 موضوع الملف عدد 31/7114/2015 (غير منشور).

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 560 بتاريخ 22/05/2017 موضوع الملف عدد 21/7114/2017 (غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017 (غير منشور).

(3) القرار الصادر عن محكمة النقض عدد -41 2 بتاريخ 19/01/2017 موضوع الملف الإداري عدد 1484/4/1/2015 (غير منشور).

المطلـب الثانـي: طبيعـة مسـطرة المطالبـة بالتعويـض أو الفسـخ عـن تأجيـل الأشـغال أو توقيفهـا

لئن خول المشرع لصاحب الصفقة إمكانية المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها على حسب الأحوال، فإنه نظم مسطرة لذلك بضوابط معينة على المتضرر سلوكها **(الفقرة الأولى)** وإن كانت طبيعة هذه المسطرة قد أثارت ترددا على مستوى عمل القضاء الإداري، وذلك حول ما إن كانت إلزامية يحول عدم التقيد بها عن اللجوء إلى القضاء، أو مسطرة ودية اختيارية، كما سنرى ذلك من خلال **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: ضوابط مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها

لقد وضع المشرع مسطرة خاصة للمطالبة بالتعويض عن تأجيل[1] الأشغال أو توقيفها[2]، وذلك سواء من خلال المادتين 44 و45 من المرسوم المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2000، وتقابلهما المادتين 48 و 49 من المرسوم الجديد لسنة 2016.

وقد وضعت المادتين 44 من مرسوم سنة 2000 و48 من مرسوم سنة 2016 فرضيتين من أجل الحصول على التعويض، أو المطالبة بفسخ عقد الصفقة، استنادا إلى مدة التأجيل، وذلك حسب الحالتين التاليتين:

(1) عرفت المادة 48 من دفتر سنة 2016 تأجيل تنفيذ الأشغال بأنه: « تعليق جزني أو كلي لتنفيذ الأشغال يقرره صاحب المشروع لمدة محددة ».

(2) عرفت المادة 49 من دفتر سنة 2016 توقيف الأشغال بأنه: « وقف نهائي لتنفيذ الأشغال، ويقرر بأمر للخدمة من صاحب المشروع إما قبل الشروع في تنفيذ الأشغال أو بعده ».

الحالـة الأولـى: تهـم تأجيـل الأشـغال لمـدة تقـل عـن سـنة، وسـواء قبـل الشـروع فـي تنفيـذ الأشغال أو بعده، إذ يكون من حق المقاول في هذه الحالة التعويض عن المصاريف التي تفرضها عليه حراسة الورش، وعن الضرر المثبت الذي قد يلحقه من جراء هذا التأجيل، وذلك من دون المطالبة بفسخ الصفقة حسب مقتضيات المادة 44.

وعلى المقاول تقديم طلب تعويضه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ كشف الحساب العام والنهائي تحت طائلة عدم قبوله طبقا للمادة 44 أو سقوط الحق بحسب تعبير المادة 48.

الحالة الثانية: تهم تأجيل الأشغال لمدة تفوق سنة، ويحق فيها للمقاول أن يطلب كتابة فسخ الصفقة مع تعويضه عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التأجيل.

ولا تكون طلبات المقاول سواء المتعلقة منها بالفسخ أو بالتعويض مقبولة إلا إذا قدمت كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال حسب مقتضيات المادة 44 من مرسوم سنة 2000.

وإذا كانت المادة 48 من مرسوم سنة 2016 قد خولت بدورها إمكانية المطالبة بالتعويض والفسخ، واشترطت أيضا تقديم طلب من أجل الحصول على التعويض أو فسخ الصفقة خلال أجل أربعين يوما، فإنها قد ميزت بشأن بداية سريان هذا الأجل – بخلاف المادة 44 التي جعلته يبدأ من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال – إذ يبدأ سريان مدة الأربعين يوما بخصوص طلب الحصول على التعويض من تاريخ تسلمه للأمر بالخدمة الذي يدعوه للاطلاع على الكشف النهائي، أما بخصوص طلب فسخ الصفقة فيحسب بداية من:

- تاريخ إبلاغ الأمر بالخدمة الذي يحدد تأجيل الأشغال لمدة تفوق اثني عشر (12) شهرا،

- اليوم الموالي الذي يبلغ فيه التأجيل مدة اثني عشر (12) شهرا إذا لم ينص الأمر بالخدمة سوى على تاريخ توقف الأشغال.

وقد رتبت نفس المادة جزاء سقوط الحق عن عدم تقديم الطلب كتابة في أجل أربعين يوما.

هذا بخصوص تأجيل الأشغال، أما بشأن توقيف الأشغال فقد نصت المادة 45 من مرسوم سنة 2000 والمادة 49 من مرسوم سنة 2016 على أنه إذا أمر صاحب المشروع بتوقيف الأشغال تفسخ الصفقة في الحين، وقد تم تخويل المقاول الحق في الحصول على تعويض بطلب منه، إذا تمت معاينة حصول الضرر له بصفة قانونية، شريطة تقديم طلبه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال، تحت طائلة عدم قبول الطلب.

والملاحظ من خلال هذه المقتضيات أن المشرع قد وضع مسطرة إدارية على المقاول التقيد بها من أجل المطالبة بالتعويض أو الفسخ، سواء من حيث آجالها وتاريخ سريانها أو شكلياتها، وهو ما تؤكده الآثار التي رتبها المشرع عن عدم سلوكها.

وهكذا من هذه الضوابط التي حددها المشرع من أجل الحصول على التعويض أو المطالبة بفسخ الصفقة ما يلي:

أولا: ثبوت تأجيل الأشغال أو توقيفها بموجب أمر بالخدمة صادر عن صاحب المشروع

للاستفادة من إمكانية المطالبة بالتعويض أو فسخ الصفقة بسبب تأجيل الأشغال أو توقيفها بحسب الأحوال، من اللازم أن يكون هناك أمر بالخدمة يقضي بالتأجيل أو التوقيف.

وفي هذا الإطار يذهب القضاء الإداري من خلال استجابته للتعويض في الحالات التي يثبت فيها أمامه تأجيل الأشغال أو توقيفها بفعل الإدارة وبأمر منها، ومن ذلك حكم صادر

عن المحكمة الإدارية بأكادير[1] والتي استجابت لطلب التعويض بعدما ثبت لها صدور أمر بتوقيف الأشغال بصفة نهائية، دون ثبوت أي إخلال من قبل المدعية، وهو ما اعتبرت معه هذه الأخيرة مستحقة للتعويض عن الأضرار اللاحقة بها نتيجة هذا التوقيف.

وفي مقابل ذلك تم رفض[2] طلب التعويض عن تجميد الآليات في ظل عدم وجود أمر بإيقاف الأشغال، بمبرر غياب أي سند قانوني يمنح الحق في التعويض عن حراسة الورش، خصوصا وأن قيمة أشغال الصفقة تشمل تلقائيا حراسة الورش.

واعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[3] أن عدم إصدار أمر باستئناف الأشغال بعد ايقافها، يعد خطأ من جانب الإدارة، يخول المقاولة الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن مدة التوقف، ولم تلتفت إلى مبرر الإدارة المتمثل في وجود إكراهات إدارية همت تدبير الصفقة، معتبرة أن ذلك لا ينسجم مع مبدأ استمرارية المرفق العمومي، وبالتالي استبعدت تحميل المقاولة مسؤولية ذلك.

واعتبرت ذات المحكمة[4] أيضا بأن توقيع المقاولة على الأوامر بتأجيل الأشغال الموجهة إليها بدون تحفظ، لا يحول دون أحقيتها في الحصول على التعويضات التي تكون محقة فعلا في الحصول عليها، مادام أنها مؤطرة في إطار الضوابط المنصوص عليها في المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل إصدار هذه الأوامر والتوقيع عليها دون تحفظ من قبل المقاولة، يفيد حتما أن هناك توقفا فعليا بالورش؟

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير رقم 770 بتاريخ 30/03/2021 موضوع الملف عدد 3159/7114/2019 (غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1474 بتاريخ 22/06/2020 موضوع الملف عدد 303/7114/2018 (غير منشور).

(3) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

(4) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

ودوافع طرح هذا السؤال متأتية مما يلاحظ على المستوى العملي من إصدار صاحب المشروع لهذه الأوامر عن حسن نية قصد تمديد الأجل من أجل مساعدة المقاولة في تجاوز تأخرها في تنفيذ بعض الأشغال، دون أن يكون هناك توقف فعلي وحقيقي لتفاجئ الإدارة بدعاوى ترمي إلى المطالبة بالتعويض عن بعض الأضرار التي تنسب إلى تلك الأوامر بالتوقف غير الفعلية.

وأثارت هذه الوضعية في ظل دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000 إشكالية إثبات عكس هذه الأوامر، أي غياب التوقف، خصوصا إذا لم تسعف محاضر الورش في الإثبات، خلال الفترة التي تغطيها الأوامر غير الحقيقية، علما أن المشرع بموجب الدفتر الجديد لسنة 2016 قد نص بموجب المادتين 48 و49 منه، على وجوب تدوين الأوامر بالخدمة في سجل الصفقة، وفي دفتر الورش.

ثانيا: تقديم الطلب داخل الأجل القانوني

حدد المشرع للمقاول أجلا لتقديم طلباته سواء تعلق الأمر بتأجيل الأشغال أو بتوقيفها، وسواء تعلق الأمر أيضا بالفسخ أو التعويض، وهو أجل أربعين يوما.

وبذلك يكون دفتر سنة 2016 احتفظ بنفس الأجل الذي كان منصوصا عليه بموجب دفتر سنة 2000 مع اختلاف في التعبير عن الجزاء المترتب عن عدم احترام هذا الأجل، إذ في الوقت الذي نص فيه المشرع بموجب المادتين 44 و 45 من دفتر سنة 2000 والمادة 49 من دفتر سنة 2016 على جزاء عدم قبول طلبات التعويض إذا لم يتم تقديمها داخل الأجل المذكور، فقد تضمنت المادة 48 من دفتر سنة 2016 ترتيب أثر سقوط الحق.

والملاحظ أن موقف القضاء الإداري غير واضح بشكل جلي في تعامله مع ضابط احترام هذا الأجل من عدمه، على غرار موقفه من تفعيل هذه المسطرة ككل، كما سنرى ذلك لاحقا، وأكتفي هنا بتقديم نموذجين على سبيل المثال لا الحصر كما يلي:

المثال الأول: يتضمن إقرارا بمسؤولية المقاولة عن عدم تفعيلها مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال بما فيها التقيد بأجل الأربعين يوما، إذ جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1] في هذا الصدد ما يلي:

« وحيث إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الأمر بالخدمة المتصل بتوقيف الأشغال واستئنافها والمبلغ إلى المقاولة، أن الأشغال موضوع الصفقة عرف تأجيلا فاقت مدته الإجمالية أجل السنة بما يجعل المقتضى القانوني الواجب الإعمال فيما يخص التعويض عن توقف الأشغال هو الفقرة ب من المادة 44 (...) بما يعني أن الاستجابة لطلب التعويض المذكور يبقى رهينا بتقيد المقاولة بأجل 40 يوما إما من تاريخ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال أو من اليوم الذي تبلغ فيه المدة الإجمالية للتأجيل سنة، بالنظر إلى أن تقديم المقاولة لطلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المذكور، من شأنه أن يمكن صاحبة المشروع من اتخاذ الموقف المناسب ضمانا لحسن تدبير الصفقة بما يضمن مصالحها ورعيا لحسن استعمال المال العام.

وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف ومعطياته وخاصة الأمر بتوقيف الأشغال الصادرة عن صاحبة المشروع يتضح أن توقف الأشغال موضوع عقد الصفقة بما يعني أن مدة التأجيلات قاربت السنتين 22 شهرا وأن المدعية لم تتقدم بأي طلب تعويض عن الأضرار التي يمكن أن تترتب عن ذلك خلال الأجل القانوني المشار إليه أعلاه، كما أنها كانت بدورها قابلة لهذه الوضعية بالنظر إلى أنها لم تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال ولم تطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة وبمنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات بالاعتماد على الوثائق المثبتة لذلك «.

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2572 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد191/7114/2015 (غير منشور).

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] ما يلي: « (...) وبحسب المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإذا أمر صاحب المشروع بموجب أمر بالخدمة بتوقيف الأشغال، تفسخ الصفقة في الحين ويمنح تعويض للمقاول إذا تمت معاينة حصول ضرر بصفة قانونية ولا يقبل طلب المقاول إلا إذا قدم كتابة داخل أجل 40 يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال، وبالتالي مادام قد تبت من خلال وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنفة تقر بتوقيفها مؤقتا بصورة شفوية من طرف المندوب الإقليمي للإدارة المستأنف عليها بتوقيف الأشغال منذ سنتي 2011 و 2012 فإن ذلك يعني أنه كان يتوجب عليها تقديم مذكرة بمطالبها بخصوص التعويض عن الأضرار التي تعرضت لها داخل أجل 40 يوما الموالي لتاريخ الأمر بتوقيف الأشغال مؤقتا، وهو الأمر المنتفي في نازلة الحال، مما يجعل مطالبها المقدمة بهذا الخصوص من حيث التعويض عن مختلف الخسائر التي تتمسك بكونها قد تحملتها جراء توقيف أشغال عقد الصفقة، جاءت غير مستوفية للشروط الشكلية المتطلبة قانونا «.

المثال الثاني: ترى من خلاله محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[2] بأن جزاء عدم التقيد بأجل الأربعين يوما يقتصر على المرحلة الإدارية ليس إلا، وهو ما يفهم من خلال هذه الحيثية: "(...) وأن عدم التقيد بأجل 40 يوما المشار إليه في هذا المقتضى إنما ينصرف فقط إلى الحالة التي لا يقدم فيها طلب إلى الإدارة المعنية داخل الأجل المذكور، إذ أنه لا يقبل مثل هذا الطلب من قبل الإدارة في حالة عدم تقديمه داخل أجل 40 يوما، مما يبقى معه ما أثير من قبل المستأنف غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة .

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015 المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

ثالثا: ثبوت الضرر ومعاينته

لئن خول المشرع إمكانية التعويض عن ضرر تأجيل الأشغال أو توقيفها، فإنه اشترط إثبات هذا الضرر، ومعاينته بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع، استنادا إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول.

وعلى غرار الشرط السابق، الملاحظ أن القضاء الإداري بقي متأرجحا بين إلزامية تقيد المقاولة بهذا الشرط، وبين تجاوزه.

وهكذا من أمثلة الأعمال القضائية التي تفيد إلزامية التقيد بمعاينة الأضرار وإثباتها، أذكر حكم المحكمة الإدارية بالرباط[1] الذي ورد فيه ما يلي: « وحيث إنه برجوع المحكمة لوثائق الملف تبين لها بأن المدعية قد وجهت للمكتب المدعى عليه بمذكرة تطالبه من خلالها بأداء التعويضات عن الأضرار اللاحقة بها جراء تأجيل الأشغال دون إدلائها بما يفيد معاينتها لتلك الأضرار بصفة قانونية بمعية المكتب المدعى عليه أو حتى بما يفيد تقديم طلبها له قصد إجراء تلك المعاينة وتخلفه عن إنجازها طبقا للمادة 44 السالفة الذكر».

كما جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[2] ما يلي: « وحيث إنه وفيما يتعلق بسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن فترة توقف الأشغال المتعاقد بشأنها فإن هذه المحكمة واعتبارا منها لما هو منصوص عليه بالفصل 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتمسك به من قبل المستأنفة من أن أي تعويض عن تأجيل الأشغال لا يمنح إلا في حالة معاينة الضرر المترتب عن هذا التأجيل بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وهو الأمر

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2983 بتاريخ 08/08/2017 موضوع الملف عدد 285/7114/2016 (غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 5573 بتاريخ 26/11/2014 موضوع الملف رقم 131/7207/14 (غير منشور).

غير المتحقق في نازلة الحال، لكون المستأنفة اكتفت بالمطالبة بمثل هذا التعويض دون أن تدلي بما يفيد سبق مطالبة المستأنف عليها بمعاينة الضرر المترتب والموجب هذا التعويض وإثباته بالطرق المقررة قانونا، مما يجعل ما تتمسك به في هذا الصدد غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة «.

وجاء أيضا عن المحكمة الإدارية بالرباط[1] ما يلي: « وحيث إنه أمام ثبوت مسؤولية المدعى عليه عن فسخ عقد الصفقة وعدم إدلاء المدعية بالوثائق المثبتة للأضرار المتعلقة بمصاريف حراسة الورش والتأجيل وبما يفيد سبقية معاينتها من طرف صاحب المشروع طبقا للبند ب 1 من المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة، يبقى معه طلب التعويض عنها غير مبرر ويتعين التصريح برفضه «.

وفي مقابل ذلك أقرت نفس المحكمة بإمكانية التعويض حتى وإن لم يتم التقيد بما تقتضيه مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، ولاسيما من حيث وجوب معاينة الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع، واكتفت بالمصادقة على الخلاصة المضمنة في تقرير الخبير، إذ جاء في حكم[2] صادر عنها ما يلي: « وحيث لئن كان البين من استقراء مقتضيات المادتين 44 و 45 (...) فإن هذه المسطرة الإدارية تخص مطالبة الإدارة بالتعويض عن توقف الأشغال بشكل ودي قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية، إذ تبقى للمقاولة كامل الصلاحية في الاستجابة إلى هذه التعويضات متى كانت محققة وثابتة، وأمام وقوف الخبير على أن المدعية تبقى مستحقة لمبلغ يساوي قيمة الفوائد القانونية (...) وكذا تعويض عن تجميد الأليات (...) والموارد البشرية (...) وكذا تعويضا عن فوات الكسب (...)».

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2525 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد 8/7114/2016 (غير منشور).
(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4379 بتاريخ 30/12/2020 موضوع الملف عدد 125/7114/2019 (غير منشور).

كما جاء عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] ما يلي: « وحيث بقطع النظر عن عدم تقيد المقاولة المستأنفة بمقتضيات المادة المذكورة، (...) ومن جهة ثانية فإن مقتضيات المادة المذكورة نصت على وجوب معاينة هذا الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع بالرجوع إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وأنه (...) الخبير بالرغم من ذلك، وبعد تفقده للأشغال المنجزة ومعرفة طبيعتها وكيفية تنفيذها وبحكم تخصصه وخبرته في مجال البناء والهندسة المدنية خلص إلى تقدير مصاريف الأضرار الناتجة عن إيقاف الأشغال التي ترجع إلى الإدارة خلال مدة 388 يوما إلى ما مجموعه 2.681.79506 درهم، ويتعين تبعا لذلك اعتماد ما جاء في تقريره بهذا الشأن «.

وفي الواقع أن عدم انسجام مواقف القضاء الإداري، واختلافها داخل المحكمة الواحدة، لم يقتصر فقط على كل ضابط من هذه الضوابط المذكورة، بل امتد ليشمل أيضا موقفه من طبيعة هذه المسطرة الإدارية للتعويض ككل، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية، وفق ما سأبينه من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية: تردد القضاء الإداري بشأن طبيعة مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها

تنظيم المشرع للمسطرة الإدارية التي تهم المطالبة بالتعويض أو بالفسخ من حيث شكلياتها، وآجالها وجزاء عدم احترامها، يطرح السؤال حول كيفية تعامل القضاء الإداري مع طبيعة هذه المسطرة، ولاسيما من حيث إلزامية سلوكها أو أنها اختيارية؟

ومنطلق هذا السؤال هو الصيغة التي تضمنتها المواد المنظمة لهذه المسطرة الواردة في إطار تأجيل الأشغال أو توقيفها، والتي يفهم من خلالها ترتيب المشرع لجزاء عدم قبول طلبات التعويض أو الفسخ، إذا لم يتم تقديمها كتابة داخل الأجل المحدد بمقتضى هذه المواد.

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).

وبالتالي هل عدم تفعيل هذه المسطرة الإدارية يحول دون اللجوء إلى القضاء، أو أنها تهم فقط تسوية النزاعات على مستوى المرحلة الإدارية، ولا تستوعب المرحلة القضائية؟

الممارسة القضائية تفيد وجود تردد على مستوى عمل القضاء الإداري، وقد سجل ذلك داخل المحكمة الواحدة، ويمكن أن نستنبط هنا قراءتين أو موقفين للمحاكم الإدارية بخصوص طبيعة هذه المسطرة:

القراءة الأولى: تجعل الاستفادة من طلب التعويض وكذا الفسخ، رهين بتقيد المقاولة بضوابط مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ، من خلال المبادرة إلى طلب تفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، وإن كانت تضيف إلى ذلك في الاعتبار عدم إثبات المقاولة للأضرار التي تدعيها من جراء التأجيل أو التوقيف.

وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1] ما يلي: « وحيث إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الأمر بالخدمة المتصل بتوقيف الأشغال واستئنافها والمبلغ إلى المقاولة، أن الأشغال موضوع الصفقة عرف تأجيلا فاقت مدته الإجمالية أجل السنة بما يجعل المقتضى القانوني الواجب الإعمال فيما يخص التعويض عن توقف الأشغال هو الفقرة ب من المادة 44 (...) بما يعني أن الاستجابة لطلب التعويض المذكور يبقى رهينا بتقيد المقاولة بأجل 40 يوما إما من تاريخ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال أو من اليوم الذي تبلغ فيه المدة الإجمالية للتأجيل سنة، بالنظر إلى أن تقديم المقاولة لطلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المذكور، من شأنه أن يمكن صاحبة المشروع من اتخاذ الموقف المناسب ضمانا لحسن تدبير الصفقة بما يضمن مصالحها ورعيا لحسن استعمال المال العام.

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2572 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد 191/7114/2015 (غير منشور).

وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف ومعطياته وخاصة الأمر بتوقيف الأشغال الصادرة عن صاحبة المشروع يتضح أن توقف الأشغال موضوع عقد الصفقة، بما يعني أن مدة التأجيلات قاربت السنتين 22 شهرا وأن المدعية لم تتقدم بأي طلب تعويض عن الأضرار التي يمكن أن تترتب عن ذلك خلال الأجل القانوني المشار إليه أعلاه، كما أنها كانت بدورها قابلة لهذه الوضعية بالنظر إلى أنها لم تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال ولم تطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة وبمنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات بالاعتماد على الوثائق المثبتة لذلك، فضلا على أنها لم تدل بأي بيان يثبت الأضرار المزعومة من قبلها والمتصلة بمصاريف حراسة مواقع العمل والمحافظة على التجهيزات الموضوعة به «.

والملاحظ من خلال هذا الحكم أن المحكمة مصدرته قد استحضرت في تبرير موقفها دور القضاء في حماية المال العام، عندما ربطت بين المطالبة بتفعيل المسطرة الإدارية من خلال مبادرة المقاولة إلى طلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المحدد، وبين حسن تدبير الصفقة حماية للمال العام، وذلك عبر تمكين صاحبة المشروع من فرصة اتخاذ الموقف المناسب.

ولم تستجيب محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] لطلب التعويض، بمبرر اكتفاء المقاولة بالمطالبة به دون الإدلاء بما يفيد سبقية مطالبة صاحبة المشروع بمعاينة الضرر، وإثباته بالطرق المقررة قانونا، إذ جاء في حيثية قرار صادر عنها ما يلي: « وحيث إنه وفيما يتعلق بسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن فترة توقف الأشغال المتعاقد بشأنها فإن هذه المحكمة واعتبارا منها لما هو منصوص عليه بالفصل 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 5573 بتاريخ 26/11/2014 موضوع الملف رقم 131/7207/14 (غير منشور).

المتمسك به من قبل المستأنفة من أن أي تعويض عن تأجيل الأشغال لا يمنح إلا في حالة معاينة الضرر المترتب عن هذا التأجيل بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وهو الأمر غير المتحقق في نازلة الحال، لكون المستأنفة اكتفت بالمطالبة بمثل هذا التعويض دون أن تدلي بما يفيد سبق مطالبة المستأنف عليها بمعاينة الضرر المترتب والموجب لهذا التعويض وإثباته بالطرق المقررة قانونا مما يجعل ما تتمسك به في هذا الصدد غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة «.

وقضت نفس المحكمة في قرار آخر بتحميل المسؤولية للمقاولة عن عدم مطالبتها بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، من خلال طلب فسخ الصفقة والتعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء التأجيلات التي عرفها تنفيذ الأشغال، إذ جاءت حيثية هذا القرار[1] كالتالي: « وحيث من جهة أخرى فبالنسبة لسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالشركة المستأنفة، فإن الثابت من خلال وثائق الملف وبإقرار هذه الأخيرة أنها توصلت بالخدمة بتاريخ 23 مارس 2009 وعقد أول اجتماع لها مع المكتب صاحب المشروع بتاريخ 2 أكتوبر 2010 تلاه اجتماع آخر بتاريخ 7 أكتوبر 2011 ثم ثالث في نفس الشهر والسنة يوم 27 أكتوبر 2011 فتقرر فسخ الصفقة وإرجاع الكفالة، مما يفيد أنه بعد مرور أكثر من سنة على تاريخ الأمر بالخدمة تم الاتفاق على تأجيل القيام بالدراسة المطلوبة إلى أجل غير مسمى، مع ما يمكن أن يترتب عن ذلك من ضياع فرصة للربح والمشاركة في صفقات أخرى ومراعاة لكون المقاولة كانت بدورها قابلة لهذه الوضعية دون أن تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها هذه الآجال أو تبدي أي تحفظ بخصوصها وتطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة ومنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1207 بتاريخ 17/03/2015 في الملف عدد 93/7207/2014 المضموم إليه الملف عدد 249/7207/2014 (غير منشور).

المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات والتي قد تتم معاينتها بصفة قانونية من قبل طرفي العلاقة التعاقدية وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي قد تدلي بها الشركة المستأنفة مما يجعلها متحملة بدورها لجزء من المسؤولية العقدية عما قد يكون لحقها من أضرار جراء ذلك، وفي غياب ما يفيد تحديد المستأنفة الأولى لحجم الأضرار والخسائر التي قد تكون ترتبت عن عدم تنفيذ عقد الصفقة عقب ذلك، فإن ذلك يعني أن المحكمة الإدارية عندما قضت لفائدة الشركة المستأنفة بالتعويض المطعون فيه اعتمادا على أن الشركة المستأنفة لم تدل بما يثبت الأضرار اللاحقة بها فإن حكمها كان مؤسسا مما قررت معه هذه المحكمة التصريح بتأييده ».

وقد أكدت نفس المحكمة[1] هذا الموقف في قرار لاحق، من خلال رفضها طلب المقاولة الرامي إلى التعويض بعلة عدم استيفائها للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، وقد جاءت حيثية هذا القرار كالتالي: « (...) وبحسب المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإذا أمر صاحب المشروع بموجب أمر بالخدمة بتوقيف الأشغال، تفسخ الصفقة في الحين ويمنح تعويض للمقاول إذا تمت معاينة حصول ضرر بصفة قانونية ولا يقبل طلب المقاول إلا إذا قدم كتابة داخل أجل 40 يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال وبالتالي مادام قد تبت من خلال وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنفة تقر بتوقيفها مؤقتا بصورة شفوية من طرف المندوب الإقليمي للإدارة المستأنف عليها بتوقيف الأشغال منذ سنتي 2011 و 2012 فإن ذلك يعني أنه كان يتوجب عليها تقديم مذكرة بمطالبها بخصوص التعويض عن الأضرار التي تعرضت لها داخل أجل 40 يوما الموالي لتاريخ الأمر بتوقيف الأشغال مؤقتا، وهو الأمر المنتفي في نازلة الحال، مما يجعل مطالبها المقدمة بهذا الخصوص من حيث التعويض عن مختلف الخسائر التي تتمسك بكونها قد تحملتها جراء توقيف أشغال عقد الصفقة، جاءت غير مستوفية

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015 المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، خاصة وأن المستأنفة بالإضافة إلى ذلك لم تثبت بأي دليل مقبول حجم ومبلغ المصاريف التي تحملتها جراء ذلك «.

القراءة الثانية: في مقابل القراءة الأولى، هناك قراءة[1] أخرى للمحاكم الإدارية تعتبر بأن المسطرة الإدارية لا تعدو أن تكون مطالبة ودية بالتعويض قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية.

وفي هذا السياق اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[2] بأن مسطرة تقديم طلبات التعويض إنما تخاطب المقاولة في علاقتها بالإدارة صاحبة المشروع إذا ما أرادت التعويض عن أضرارها الناتجة عن التوقف حبيا دون اللجوء إلى القضاء، وبأن عدم سلوكها للمسطرة المذكورة لا يحول دون تقديمها لطلب التعويض قضائيا.

واعتمدت ذات المحكمة في قرار آخر[3] علة أخرى، مفادها غياب الجزاء المترتب عن عدم سلوك المسطرة الإدارية، وبأن الجزاء المنصوص عليه في المادة 44 - عدم قبول الطلب - إنما ينصرف فقط إلى الحالة التي لا تحترم فيها ضوابط هذه المسطرة خلال المرحلة الإدارية ليس إلا، كما يفهم من خلال حيثية هذا القرار التي وردت كما يلي: « لكن حيث إنه من جهة وفيما يخص السبب الأول من الاستئناف المتصل بخرق مقتضيات المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإذا كان هذا المقتضى القانوني قد نص ‹...› فإن ذلك لا يحول دون حق المقاول في تقديم دعوى إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويضات التي يرى أن من شأنها أن تجبر الأضرار التي قد تكون لحقت به جراء توقيف الأشغال لمدة تفوق السنة مادام أن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك وأن

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4379 بتاريخ 30/12/2020 موضوع الملف عدد 125/7114/2019 (غير منشور).
(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).
(3) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

عدم التقيد بأجل 40 يوما المشار إليه في هذا المقتضى إنما ينصرف فقط إلى الحالة التي لا يقدم فيها طلب إلى الإدارة المعنية داخل الأجل المذكور، إذ أنه لا يقبل مثل هذا الطلب من قبل الإدارة في حالة عدم تقديمه داخل أجل 40 يوما، مما يبقى معه ما أثير من قبل المستأنف غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة، خاصة وأن الثابت من خلال باقي وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنف عليها سبق لها وأن وجهت إلى صاحب المشروع بتاريخ 26/07/2016 مذكرة بالمطالب والتعويضات التي تطالب بها لتعمل وفي ضوء ذلك على تقديم دعواها الحالية التي تبقى مؤطرة في إطار هذا المقتضى القانوني الذي يعطيها الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها سواء كان التأجيل قد تم قبل أو بعد الشروع في تنفيذ الأشغال «.

وقد وجدت ذات المحكمة[1] في قواعد العدالة والإنصاف مبررا آخر للاستجابة لطلب فسخ الصفقة، وكذا التعويض عن الأضرار الناتجة عن التوقف، حتى لا تبقى المقاولة رهينة لإرادة الإدارة باستئناف الأشغال، وقد جاءت هذه الحيثية كالتالي: « وحيث من جهة أخرى بخصوص الأسباب المتصلة بالمنازعة في مشروعية إيقاف الأشغال، فلما كانت أحكام توقيف وتأجيل الأشغال مؤطرة بمقتضيات المادتين 44 و 45 من المرسوم رقم 2.99.1087 المؤرخ في 04 ماي 2000 المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال النافذ على النازلة، وأن المشرع قد خول لصاحب المشروع سلطة الأمر بالتوقيف الكلي للأشغال فإنه بالمقابل أعطى للمقاولة الحق في طلب فسخ عقد الصفقة إذا كانت مدة إيقاف الأشغال تصل إلى سنة، ونص على حقها في المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل لها أمام القضاء وأن عدم تقديم المقاول لطلب فسخ الصفقة لا يحول دون تقديم مطالبة قضائية بشأن فسخ الصفقة سيما إذا لم يصدر صاحب المشروع أمر بالخدمة باستئناف الأشغال خلال أجل معقول، ذلك أن قواعد العدالة والإنصاف تأبى أن يظل المقاول رهين إرادة الإدارة بشأن الأمر باستئناف الأشغال خلال الأجل الذي

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

ترتضيه بل إن تراخيها عن ذلك مدة تتجاوز الحدود المعقولة يخول للمقاولة حق اللجوء إلى القضاء للتعويض عن الأضرار الناتجة عن التوقف غير المشروع للأشغال».

وإلى جانب القراءتين أعلاه، الملاحظ أن المحكمة الإدارية بالرباط[1] في حكم آخر صادر عنها، قد دمجت القراءتين معا في حيثيات حكمها، إذ بعدما صرحت بأن مقتضيات المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة تهم حالة النزاعات المرتبطة بالمرحلة الإدارية، والتي لا يجوز التوسع في تفسيرها لاستيعاب المرحلة القضائية، فإنها عادت بعد ذلك إلى القول بأن التعويض عن توقف الأشغال يقتضي فضلا عن تقديم طلب بخصوص ذلك خلال الأجل القانوني، ضرورة إثبات الضرر، وبأنه مادام أن المدعية قد قامت بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، وهو الأمر الذي يضفي الشرعية على طلبها بفسخ الصفقة، وبالتعويض عن الأضرار المثبتة.

إذن الملاحظ من خلال الأعمال القضائية المستدل بها أعلاه، أن المحاكم الإدارية مصدرتها غير مستقرة على قراءة واحدة بشأن طبيعة المسطرة الإدارية للتعويض، إذ تارة تقر بإلزامية تفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة للحصول على التعويض، أو الاستجابة لطلب الفسخ، وتارة أخرى تقر بأن هذه المسطرة لا تعدو أن تكون ودية لا تحول ممارستها دون اللجوء إلى القضاء، مستندة في ذلك بالقول أن المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها.

ويأتي هذا التبرير الأخير رغم أن صياغة المواد المنظمة لضوابط سلوك هذه المسطرة تفيد بوجود جزاء عن عدم التقيد بتلك الضوابط، ومن ذلك ما ورد في المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000 والتي تضمنت في إحدى الفقرات عبارة « لا يقبل طلب تعويض المقاول إلا إذا تم تقديمه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ ... «،

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2052 بتاريخ 20/5/2021 موضوع الملف رقم 62/7114/2019 (غير منشور).

وجاء في موضع آخر من نفس المادة « ولا تكون طلبات المقاول سواء المتعلقة منها بالفسخ أو بالتعويض مقبولة إلا إذا قدمت كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ ... «، وقد تكررت نفس العبارات بموجب المادة 45 من نفس الدفتر، وكذا بموجب المادة 49 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016.

وبالتالي ألم يرتب المشرع من خلال هذه المقتضيات جزاء عدم قبول هذه الطلبات، إذا لم يتم تقديمها داخل الأجل المحدد، ووفق الشكليات المطلوبة؟

الجواب هو نعم، إذ أن صياغة هذه الفقرات وغيرها واضحة في ترتيب جزاء عدم القبول، ولكن السؤال الآخر الذي يبقى مطروحا هو هل يشمل نطاق هذا الجزاء المرحلة القضائية من خلال القول بعدم قبول طلبات التعويض التي لم يتقيد أصحابها بضوابط المسطرة الإدارية، أو أن هذا الجزاء يقتصر على المرحلة الإدارية، ولا يتعداه ليشمل المرحلة القضائية، كما ذهب إلى ذلك جانب من العمل القضائي.

هنا لابد من قول ما يلي:

إما القول بأن لهذا الجانب من العمل القضائي الصحة فيما ذهب إليه، تماشيا مع قواعد العدالة والإنصاف التي تأبى ضياع الحقوق المشروعة لأصحابها في المطالبة بالتعويض أو الفسخ، في حالة عدم ممارستهم لهذه المسطرة بشكلياتها وآجالها لسبب من الأسباب.

وما يترتب عن القول السابق، القول بأن هذه المقتضيات المنظمة لهذه المسطرة تبقى من قبيل التزيد ليس إلا، طالما أن التسوية الودية لمثل هذه النزاعات تبقى ممكنة في وجودها أو في غيابها، مادام أنه بإمكان طرفي عقد الصفقة تسوية نزاعاتهم خلال أي مرحلة من المراحل سواء قبل اللجوء إلى القضاء أو حتى خلال سريان الدعوى، ومن

ثمة ما فائدة ترتيب جزاء عدم قبول طلبات التعويض خلال المسطرة الإدارية إذا لم تكن إلزامية بجميع ضوابطها قبل اللجوء إلى القضاء، تحت طائلة ترتيب جزاء معين.

وأشير هنا إلى أن المشرع قد تدارك الأمر نسبيا - من خلال تغييره للصياغة التي ورد بها الجزاء المترتب عن عدم سلوك المسطرة الإدارية بموجب المواد المذكورة أعلاه، وذلك بموجب المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016، رغم أنه احتفظ بالصياغة الأولى في المادة 49 - ، وذلك حينما نص على ترتيب جزاء سقوط الحق.

وإذا كان من المعروف[1] أنه يترتب عن انقضاء مدد الإسقاط، سقوط حتمي ومبرم للحق الذي كان وجوده منوطا بممارسته خلالها - المدة المحددة قانونا - ، وهو سقوط كامل وشامل بحيث لا يسوغ التمسك به بعد ذلك لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع، فالتساؤل الذي ينبغي طرحه إنما هو بشأن مدى تقيد القضاء بذلك مستقبلا في تطبيقه لهذا المقتضى، أو أنه سيستمر في التمسك بحصر نطاق تطبيق هذا الجزاء خلال المرحلة الإدارية ليس إلا، ودون أثر على مستوى اللجوء إلى القضاء.

المبحث الثاني: طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية ومزاياها

خصص المشرع مسطرة إدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، تبقى الغاية من وراء سنها هي إتاحة الفرصة لصاحب الصفقة من أجل تقديم مطالبه إلى الجهة صاحبة المشروع، قبل التوجه إلى القضاء من جهة، ومن جهة ثانية تمكين صاحب المشروع من إبداء موقفه منها، قصد تسويتها وديا قبل رفع النزاع أمام القضاء.

(1) ذ. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، ص 593.

وإذا كان المشرع قد بين كيفية تقديم هذه المطالب من قبل المقاولة، وجواب المشروع عنها داخل آجال محددة تحت طائلة ترتيب آثار معينة، فإن نفس النقاش الذي تثيره هذه المسطرة هو حول طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية.

وإذا ما اعتبرت إلزامية فما هو نطاق أو حدود هذه الإلزامية، فهل تعد في جميع الحالات بمثابة شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى أمام القضاء، أو أنها تعتبر كذلك فقط إذا تمت مباشرتها، إذ يتعين على المقاولة حينها التقيد بها إلى نهايتها إما بتسوية النزاع على مستواها - المرحلة الإدارية - وإما بعرضه بعدها على القضاء، أو أنها اختيارية جاءت على سبيل الجواز، للمقاولة اللجوء إليها، أو اختيار طريق المطالبة القضائية مباشرة بدلا عنها، وفي هذه الحالة ألم يرتب المشرع جزاء عن عدم سلوكها؟ هذا ما سنجيب عنه من خلال من خلال (المطلب **الأول**).

والأكيد أن من شأن مباشرة هذه المسطرة أن تتحقق معها العديد من المزايا سواء بالنسبة لصاحب المشروع، وصاحب الصفقة، أو بالنسبة للقضاء أيضا على حد سواء، كما سنرى ذلك من خلال (المطلب **الثاني**).

المطلب الأول: طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

حرص المشرع على تسوية النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية خلال المرحلة الإدارية، وذلك من خلال تنظيمه لمسطرة إدارية سابقة عن اللجوء إلى القضاء، إذ خصها بإجراءات وآجال وآثار محددة سيتم بيانها من خلال (الفقرة **الأولى**) وذلك قبل معرفة موقف القضاء الإداري منها، ولاسيما من حيث مدى إلزامية سلوكها قبل اللجوء إلى القضاء، أو أن للمقاول حق الخيار بين سلوكها، أو اللجوء مباشرة إلى القضاء حتى بدون سلوكها، وهو ما سنعرفه من خلال (الفقرة **الثانية**).

الفقرة الأولى: التنظيم القانوني للمسطرة

لقد نظم المشرع في إطار دفتر الشروط الإدارية العامة مسطرة إدارية لتسوية خلافات ونزاعات الصفقات العمومية، سواء في إطار دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2000، وذلك بموجب المادتين 71 و 72 منه، وهي مقتضيات متشابهة من حيث المبدأ مع مقتضيات المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 2016، وكذا المادتين 53 و 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة لسنة 2002.

وهكذا نصت المادة 71 من دفتر سنة 2000 على أنه إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة مطالب يعرض فيها تظلماته، وتدلي السلطة المختصة بجوابها داخل أجل شهرين، وهو نفس المقتضى الذي ورد النص عليه في المادة 53 من دفتر سنة 2002، وكذا المادة 81 من دفتر سنة 2016، باستثناء الأجل الذي يتعين الجواب فيه عن الشكاية، والذي قلص بموجب المادة الأخيرة إلى شهر بدل شهرين، علما أن المشرع في المادة الأخيرة يتحدث عن الشكاية، في حين ورد في المادتين 71 و53 لفظ التظلم.

وفي حالة حدوث نزاع مع السلطة المختصة جاز للمقاول حسب مقتضيات المادة 72 من دفتر سنة 2000 داخل أجل 3 (ثلاثة) أشهر من تاريخ تبليغ جواب السلطة المختصة، أن يوجه إلى هذه الأخيرة بواسطة رسالة مضمونة بإفادة بالاستلام قصد إرسالها مشفوعة برأيها إلى الوزير مذكرة يبين فيها أسباب ومبلغ مطالبه.

ويجب على الوزير أن يدلي بجوابه داخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تسليم المذكرة إلى السلطة المختصة، وبعد انصرام هذا الأجل تعتبر مطالب المقاول غير مقبولة، وفي هذه

الحالة، كما في الحالة التي ترفض فيها مطالبه، يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، ولا يقبل منه بأن يرفع أمام هذا القضاء إلا التظلمات المذكورة في المذكرة المقدمة إلى السلطة المختصة.

وإذا لم يرفع المقاول مطالبه أمام المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، اعتبر كما لو قبل مضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

أما بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 81 فقد اعتبرت أنه إما أن المقاول يقتنع بجواب السلطة المختصة فيسوى الخلاف، وإما لا يقتنع بجواب السلطة المختصة أو لا يتوصل به، فحينها يسوى الخلاف وفق المساطر المنصوص عليها في المادة 82 والتي تهم اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم، وخاصة المادة 83 التي تهم اللجوء إلى القضاء، وهي التي تهمنا مقتضياتها أكثر.

هذه المادة الأخيرة لئن خولت للمقاول إمكانية عرض النزاع على القضاء الإداري، فإنها قد حددت أجلا للجوء خلاله إليه، وهو أجل الستين (60) يوما الموالية لتاريخ توصله بجواب السلطة المختصة أو لانتهاء أجل خمسة وأربعين (45) يوما الممنوح للسلطة المختصة من تاريخ استلام الإشعار بالتوصل بالمذكرة للرد على المقاول.

وبعد انصرام هذا الأجل يعتبر المقاول كأنه قبل مقرر السلطة المختصة، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

إذن الملاحظ من خلال مقتضيات المادتين 71 و72 من دفتر سنة 2000 - ومثلها تم النص عليه بموجب المادتين 53 و54 من دفتر سنة 2002 - ، وكذا المادتين 81 و83 من دفتر سنة 2016، أن المشرع وضع مسطرة إدارية لتسوية الخلافات والنزاعات التي تظهر

خلال تنفيذ الصفقات، وحدد لها آجالا سواء من أجل تسوية هذه النزاعات على مستوى المرحلة الإدارية، أو على مستوى المرحلة القضائية في حالة عدم اقتناع المقاول بالأجوبة المقدمة له عن مذكرة مطالبه.

وإذا كانت الغاية من تنظيم المشرع لهذه المسطرة الإدارية تكمن في تسوية النزاعات الناشئة خلال تنفيذ الصفقة، وحسمها خلال المرحلة الإدارية، وهو ما يظهره حرصه على التطرق إليها في مختلف جوانبها، وتحديد آثارها، فإن هذا لا يمنع من البحث حول موقف القضاء الإداري منها، باعتبار دوره الرقابي في مجال المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، ولاسيما في حالة عدم مباشرة هذه المسطرة، ومعرفة موقفه في هذه الحالة من طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية لا تحول دون اللجوء إلى القضاء سواء بسلوكها أو بعدمه، وفق ما سأتولى بيانه من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية: موقف القضاء الإداري من طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

تحديد المشرع للمقاول مسطرة إدارية من أجل سلوكها عند نشوء نزاع أثناء تنفيذ صفقة عمومية، وتخصيصه لها آجالا محددة لمباشرتها، أو للجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصل إلى حل لتسوية هذه النزاعات خلال المرحلة الإدارية، يطرح السؤال حول طبيعة هذه المسطرة؟

القراءة الأولية لهذه المقتضيات القانونية تظهر بأن الأمر يهم مسطرة إلزامية بالنظر للآثار المترتبة عنها، إذ من جهة فالمشرع حصر بموجب الفقرة الثانية من المادة 72 من دفتر سنة 2000، المطالب التي تقدم أمام القضاء في تلك التي قدمها المقاول إلى السلطة المختصة، إذ جاء في هذه الفقرة ما يلي: « (...) يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، ولا يقبل منه بأن يرفع أمام هذا القضاء إلا التظلمات المذكورة

في المذكرة المقدمة إلى السلطة المختصة.

ومن جهة أخرى قد تظهر إلزامية هذه المسطرة في الآجال التي حددت لها سواء لمباشرتها أو للجوء إلى القضاء عند فشل التسوية خلال المرحلة الإدارية.

وهكذا بموجب الفقرة الثالثة من المادة 72 فإنه إذا لم يرفع المقاول مطالبه أمام المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب الناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، اعتبر كما لو قبل مضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وقد تبنت إحدى الباحثات[1] نفس القراءة، انطلاقا من صيغة الوجوب المبنية عليها مسطرة تقديم الشكايات، استنادا إلى مقتضيات المادتين 71 و72 من دفتر سنة 2000.

ونفس الأمر تم بموجب المادة 83 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016، والتي حددت للمقاول أجلا لعرض نزاعه على القضاء، واعتبرت المقاول بعد انصرامه، كأنه قبل مقرر السلطة المختصة، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وإذا كانت آثار هذه المسطرة تفيد إلزامية سلوكها، فهل حدود هذه الإلزامية تقتصر على الحالة التي يتم فيها مباشرتها، أو تتجاوز ذلك حتى إلى الحالة التي لا يتم فيها سلوكها مع ما يترتب عن ذلك من عدم قبول الدعوى لعدم سلوك هذه المسطرة بآجالها، بعبارة أخرى هل تعد هذه المسطرة شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى، أو أن سلوكها هو على سبيل الجواز، ومن ثمة للمقاول الخيار بين ممارستها وبين اللجوء إلى القضاء مباشرة؟

الملاحظ أن موقف القضاء الإداري في عمومه، يذهب في اتجاه واحد بتبريرات مختلفة تلتقي في نتيجتها في القول بعدم إلزامية سلوك هذه المسطرة.

---

(1) - ذة. خديجة عقا، حماية القاضي الإداري لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 153.

وهكـذا إذا كانـت المحكمـة الإدارية بالربـاط قـد قضـت فـي حكـم قضائـي صـادر عنهـا - قديـم نسـبيا- بسـقوط مطالـب المدعيـة بانصـرام الأجـل لعـدم سـلوكها لهـذه المسـطرة، فإنهـا قـد تراجعـت عـن ذلـك فـي أحـكام لاحقـة.

وهكـذا جـاء في هـذا الحكـم[1] ما يلي: « وحيـث بالرجوع إلى مقتضيات الفصلين المذكورين نجدهمـا ينصـان بالنسـبة للفصـل 71 علـى أنـه ‹ إذا نشـأت صعوبـات مـع المقـاول خـلال تنفيـذ الصفقـة وجـه هـذا الأخيـر إلـى السـلطة المختصـة مذكـرة مطالـب يعـرض فيهـا تظلماتـه وتدلـي السـلطة المختصـة بجوابهـا داخـل أجـل شـهرين › وبالنسـبة للفصـل 72 فقـد ألـزم المقـاول فـي حالـة حـدوث نـزاع مـع السـلطة المختصـة أن يوجـه رسـالة مضمونـة مـع إفـادة بالتوصـل يبيـن فيهـا أسـباب ومبالـغ مطالبـه داخـل أجـل 3 أشـهر مـن توصلـه بجـواب السـلطة المختصـة.

وحيـث إنـه برجـوع المحكمـة إلـى وثائـق الملـف تبيـن أن المقاولـة لـم تلتـزم بسـلوك هـذه المسـطرة وذلـك برفـع مذكـرة مطالبهـا أثنـاء عمليـة تنفيـذ أشـغال الصفقـة وقبـل التوقيـع علـى محضـر التسـليم النهائـي، فإنهـا تكـون بذلـك قـد أغفلـت إحـدى الشـكليات الأساسـية والجوهريـة وفوتـت علـى نفسـها أجـل المطالبـة باسـتحقاق التعويـض المنصـوص عليـه فـي المـادة 54 المذكـورة المتعلقـة بالضـرر الناجـم عـن تغييـر حجـم الأشـغال، وجعلـت مطالبهـا تسـقط لانصـرام الأجـل القانونـي «.

وباسـتثناء هـذا الحكـم فجـل الأحـكام والقـرارات القضائيـة – فـي حـدود مـا اطلعـت عليـه – تسـير فـي اتجـاه عـدم إلزاميـة سـلوك هـذه المسـطرة، وذلـك مـن إمـا مـن خـلال تصريحهـا بذلـك مباشـرة، وإمـا مـن خـلال مـا يسـتفاد ضمنيـا مـن بعـض القـراءات التـي تعطيهـا لهـذه المقتضيـات والتـي تضيـق مجـال سـلوكها فـي أضيـق نطـاق مـن خـلال وضعهـا لضوابـط معينـة، تصعـب مـن مأموريـة تحققهـا.

(1) الحكـم الصـادر عـن المحكمـة الإداريـة بالربـاط رقـم 4342 بتاريـخ 27/11/2012 موضـوع الملـف عـدد 95/13/2012 (غيـر منشـور).

وهكذا من الأعمال القضائية التي أتت واضحة في تأكيد عدم إلزامية سلوك هذه المسطرة، واعتبارها مسطرة ودية، أذكر قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] جاء في حيثيته ما يلي: « وحيث إنه بخصوص سبب الاستئناف المتعلق بعدم احترام مقتضيات المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المسطرة المنصوص عليها في الفصلين المذكورين هي مسطرة ودية وضعها المشرع من أجل التوصل إلى حلول حبية بين الطرفين، ولا يمكن لها أن تحرم المقاولة المتعاقدة من حق اللجوء إلى القضاء، والذي يبقى محميا بموجب القانون، فضلا على أنها لا تتعلق سوى بإمكانية المطالبة بالتعويض أمام الإدارة، بما يجعل السبب المشار غير مؤسس «.

وجعلت محاكم أخرى سلوك هذه المسطرة على سبيل الجواز، وذلك من خلال اعترافها لصاحب الصفقة بحق الخيار بين سلوكها أو اللجوء مباشرة إلى القضاء، معتبرة بأن المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها، ومن ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء[2] والذي ورد فيه ما يلي: « لكن حيث إنه وخلافا لما دفع به من خرق لمقتضيات المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإنه من جهة لئن نصت المادة 71 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة مطالب يعرض فيها تظلماته، وعلى السلطة المختصة أن تدلي بجوابها داخل أجل الشهرين، فإن المادة المذكورة إنما تحدد إطارا للطرفين لحل صعوباتهما على المستوى الإداري لكنها لم ترتب آثارا قانونية على عدم سلوك هذه المسطرة المذكورة، ولم تجعلها شرطا قبليا من

---

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 2035 بتاريخ 15/04/2019 موضوع الملف عدد 313/7207/2017 (غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 834 بتاريخ 24/04/2012 موضوع الملف عدد 372/6/2010 (غير منشور).

وأنظر في نفس السياق أيضا:

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة رقم 878 بتاريخ 22/09/2020 موضوع الملف عدد 11/7114/2015 (غير منشور).

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 6689 بتاريخ 31/12/2018 في الملف عدد 440/7207/2016 (غير منشور).

شروط تقديم الدعوى، ومن جهة ثانية فيما يتعلق بمقتضيات المادة 72 أعلاه فإن المشرع جعل سلوكها على سبيل الجواز ومادامت المدعية سلكت طريق المطالبة القضائية ولم تختر سلوك مسطرة المادة 72 فإنها غير ملزمة بتبعاتها المحتج بها من الطرف المدعي، مما يكون معه الدفع غير مؤسس قانونا وينبغي استبعاده «.

والأكثر من ذلك، فوجود مقتضى تعاقدي يحيل على تطبيق المسطرة الودية لتسوية هذه النزاعات، لا يحول حسب محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط دون حق المقاول في اللجوء إلى القضاء، إذ جاء في قرار صادر عن هذه المحكمة[1] ما يلي: « لكن حيث إنه من جهة وفيما يخص السبب الأول من الاستئناف المتصل بخرق مقتضيات المادة 13 من عقد الصفقة، فإنه إذا كان هذا المقتضى التعاقدي قد نص على أن كل نزاع يمكن أن يقوم ما بين صاحب الصفقة والمديرية الجهوية لإدارة أملاك الدولة بالرباط يخضع لمقتضيات الفصول من 53 إلى 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن ذلك لا يحول دون حق المقاولة المستأنف عليها في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بمستحقاتها خاصة وأنه لم يثبت أن الإدارة قد توصلت إلى حل نهائي بخصوص موضوع النزاع «.

وإذا كانت الأعمال القضائية أعلاه، تؤكد على الطابع الجوازي لمباشرة هذه المسطرة، وتمنح المقاولة الخيار بين سلوكها وبين اللجوء مباشرة إلى القضاء، بعلة عدم ترتيب المشرع لأي جزاء على عدم استنفاذ هذه المسطرة، فإنها لم تجيب – بحكم طبيعة النزاع المعروض – على سؤال البداية، وهو هل يسري هذا الحكم فقط على الحالة التي لا تسلك فيها هذه المسطرة مطلقا، أو يمتد ذلك حتى إلى الحالة التي يتم فيها مباشرتها لكنها لا تستكمل أو تستكمل من دون أن تؤدي إلى التسوية الودية للنزاع، فهل تبقى المقاولة في هذه الحالة خاضعة لمقتضيات هذه المسطرة من حيث حدود المطالب التي تعرضها على القضاء، وآجال عرضها، وآثار عدم احترامها، ولاسيما من حيث سقوط المطالب.

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1043 بتاريخ 15/03/2016 في الملف عدد 247/7207/2015 (غير منشور).

ورغم أنه لم تتاح الفرصة للقضاء من خلال الأعمال القضائية المعروضة أعلاه، للجواب عن هذه الأسئلة، فإن موقفه حتى بالنسبة للحالة الأولى والقائل باختيارية اللجوء إلى هذه المسطرة، يقتضي طرح بعض الأسئلة الأخرى المشروعة من قبيل: كيف أن تكون هذه المسطرة اختيارية وهي منظمة في أدق تفاصيلها، ومحددة بآجال يترتب عن انصرامها سقوط الحق في الطلب، ثم كيف يعقل أن تكون آثار عدم سلوك هذه المسطرة سقوط الحق، ويتم اعتبارها اختيارية؟ ثم هل يقبل التمييز بين من سلكها وبين من لم يسلكها، إذ من سلكها يضحى مهددا بسقوط حقه، ومن لم يسلكها يكون في حل من ذلك؟ وألا يفهم من تقرير المشرع لجزاء سقوط الحق عن عدم احترامها، بأن الأمر يهم مسطرة إلزامية وليست اختيارية، وبأن السقوط لا يكون إلا نتيجة لإجراء إلزامي؟

من المهم الإشارة هنا إلى أنه من المعايير[1] المعتمدة لتحديد طبيعة الآجال، تلك التي تنصرف إلى الغرض الذي قصد إليه المشرع من تقرير هذه المدة، وبأنه كلما هدف منها أن يحتم على صاحب الحق ممارسة حقه خلال أجل مضروب وإلا عوقب بفقده، فهي مدة سقوط.

كما أنه من المعلوم أيضا أن آجال السقوط تتصل[2] بالنظام العام، وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يتوقف إعمالها على تمسك ذي المصلحة بها.

وإذا كانت محاكم الموضوع[3] تؤكد على عدم إمكانية مخالفة القواعد والضوابط القانونية

---

(1) ذ. مأمون الكزبري، م س، ص 594.
- ذ. جواد أمهمول، الوجيز في المسطرة المدنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2015، ص 89.
(2) ذ. مأمون الكزبري، م س، ص 593.
- ذ. الشرقي حراث، الدفوع الشكلية في المادة المدنية، دراسة عملية على ضوء اجتهادات محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة سنة 2016، ص 174.
(3) أنظر نموذجا:
- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1577 بتاريخ 21/04/2016 موضوع الملف عدد 47/7114/2016 (غير منشور).
- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 488 بتاريخ 9/02/2016 في الملف عدد 297/7207/2015 (غير منشور).

الواردة في دفتر الشروط الإدارية العامة، لتعلقها بقواعد النظام العام، لورودها في نص قانوني ذي طبيعة تنظيمية عامة، إلا أن محكمة النقض[1] وفي موضوعنا بالذات، يبدوا أنها لا تعتبره كذلك، وإن ضمنيا، وذلك من خلال عدم مجاراتها طالبي النقض فيما أثاروه من عدم احترام مقتضيات المسطرة محل الدراسة، وقضائها بأن إثارة هذه الوسيلة لأول مرة أمامها يبقى غير مقبول.

عموما وبعدما تمت الإشارة فيما تقدم إلى موقف القضاء الإداري الصريح من خلال عمل بعض المحاكم، بخصوص عدم إلزامية سلوك المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، ستتم الإشارة فيما سيأتي إلى بعض القراءات الأخرى للمقتضيات المنظمة لهذه المسطرة، والتي تذهب في اتجاه استبعاد تطبيقها انطلاقا من اعتبارين إثنين:

الاعتبار الأول: تتخذ بعض المحاكم الإدارية من تاريخ المنازعة أو المرحلة التي يوجد فيها تنفيذ الصفقة، والتي حصل خلالها الخلاف، مبررا لاستبعاد تطبيق المقتضيات المنظمة للمسطرة الإدارية، وذلك انطلاقا من قراءتها للفقرة الأولى من المادة 71 من دفتر سنة 2000، والمادة 53 من دفتر سنة 2002، والفقرة الأولى من المادة 81 من دفتر سنة 2016، وما تضمنته هذه المقتضيات من عبارة تم تفسيرها على أنها تهم الخلافات التي تحدث خلال تنفيذ الصفقة ليس إلا.

---

(1) جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي: « (...) كما يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق مقتضيات الفصول 50 و 51 من المرسوم رقم -109 65 بتاريخ 19/10/1965 المتعلق بكناش التحملات الإدارية العامة، ذلك أن طلب المقاولة أمام محكمة الدرجة الأولى جاء خلافا لمقتضيات الفصلين المذكورين والتي توجب سلوك المسطرة الإلزامية عند نشوء نزاع أثناء تنفيذ عقد الصفقة، وأن تمسك طالبة النقض بوجود كشف حسابي نهائي يهم أشغال الصفقة يعني أن أية مطالبة يجب أن تتم وفقا للمسطرة المنصوص عليها في كناش الشروط الإدارية العامة، ومن تم وفقا لأحكام الفصلين 71 و 72 المنوه بهما، مما يجعل القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف القاضي بالاستجابة للطلب خارقا للمقتضيات القانونية آنفة الذكر، وهو ما يعرضه للنقض.
لكن حيث إن ما أثير بالفرعين الثاني والثالث من الوسيلة الأولى والفرع الأول من الوسيلة الثالثة لم يسبق إثارته أمام محكمة الاستئناف لتعطي رأيهما القانوني في شأنه، وأن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض يجعله غير مقبول ». القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 816/2 بتاريخ 15/12/2016 موضوع الملف الإداري عدد 981/4/1/2013 (غير منشور).

وهكذا ورد في السطر الأول من المادة 71 من دفتر سنة 2000 ما يلي: « إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة «، وهي نفس العبارة التي وردت في باقي المقتضيات المذكورة أعلاه.

وانطلاقا من هذه العبارة اعتبرت المحاكم الإدارية بأن إعمال هذه المقتضيات، إنما يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ، وبالتالي تستبعد تطبيق هذه المقتضيات كلما كان الخلاف قبل حلول أجل تنفيذ الصفقة، أو بعد انتهاء تنفيذها.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية التي ذهبت في هذا الإطار، أذكر قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] الذي ورد فيه ما يلي: « حيث يعيب الطرف المستأنف على الحكم المستأنف كون المحكمة الإدارية التي أصدرته خرقت فيه مقتضيات الفصلين 50 و 51 من المرسوم الملكي 1965 (...).

لكن حيث إنه باستقراء مترابط وشمولي لكافة فقرات وبنود هذين الفصلين المنصوص عليهما في المرسوم الملكي (...) واللتين جاء بهما المشرع من أجل تنظيم مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بين المقاولة والإدارة صاحبة المشروع بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة يتبين أن هذه المقتضيات إنما تقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ، أما والحال أن الأمر في نازلة الحال يتعلق بطلب رام إلى المطالبة بباقي المستحقات المترتبة عن العقد الذي كان يربط بين الطرفين، وكذا مبلغ الضمانة النهائية والفوائد القانونية المترتبة عنها وبعد الانتهاء من تنفيذ هذه الأشغال بإنجاز محضر للتسليم المؤقت بتاريخ 20/09/1996 ومحضر التسليم النهائي بتاريخ 20/03/1998، فإن اللجوء إلى مسطرة المنازعة الإدارية القبلية قبل اللجوء إلى القضاء تصبح غير ملزمة بالنسبة للمستأنف عليها، وبالتالي غير مقيدة بمقتضيات

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3987 بتاريخ 20/11/2013 في الملف عدد 178/12/7 (غير منشور).

الفصلين المتمسك بهما من طرف المستأنفين، ومن تم تبقى الوسيلة المثارة من طرفهم غير قائمة على أساس الأمر الذي يتعين معه التصريح باستبعادها لهذه العلة «.

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش[1] ما يلي: « وحيث إن أحكام المادة 71 أعلاه تضمنت المسطرة المتبعة في حالة نشوء صعوبات خلال تنفيذ الصفقة إذ أعطت إمكانية للمقاول قصد توجيه مذكرة مطالب إلى السلطة المختصة التي عليها أن تجيب داخل أجل شهرين، كما أن أحكام المادة 72 المشار إليها حددت الحالة التي يتدخل فيها الوزير المختص بعد حدوث نزاع مع السلطة المختصة، أما في نازلة الحال فإن طرفي الصفقة لم يصلا بعد إلى هذه المرحلة حتى يتمسك بأجل الستة أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، فضلا عن ذلك فإن موضوع هذه الدعوى يتعلق بفسخ الصفقة قبل حلول أجل تنفيذها، وبالتالي يبقى ما تمسك به الوكيل القضائي غير مرتكز على أساس «.

ومن جانب آخر جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[2] أن تخطي الصفقة مرحلة تنفيذها، يستبعد معه تطبيق هذه المسطرة، وفق ما يستفاد من خلال هذه الحيثية: « وحيث إنه بخصوص سبب الاستئناف المتصل بخرق المادتين 53 و 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المقتضيات المذكورة تتعلق بالنزاعات التي تثار خلال إنجاز الصفقة لا بعد الانتهاء منها، فالطلبات الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع التعاقد وما ارتبط بها من تعويضات لا تستوجب سلوك مسطرة المطالبة والتظلم إلى الجهة الإدارية المعنية، فضلا على أن تلك المقتضيات لا يمكن أن تحرم المتعاقد في إطار صفقة عمومية من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه المترتبة عن العقد، سيما أن تلك

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش رقم 3868 بتاريخ 27/07/2018 موضوع الملف عدد 334/7114/2017 (غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 4035 بتاريخ 02/10/2018 في الملف عدد 128/7207/2018 (غير منشور).

المسطرة هي مسطرة ودية وضعها المشرع من أجل التوصل إلى حلول حبية بين الطرفين ولا تحول دون اللجوء إلى القضاء، وما أثير بهذا الخصوص يبقى غير مؤسس «.

ونفس القراءة أعلاه وردت في حكمين صادرين على التوالي عن المحكمة الإدارية بمراكش والرباط، إذ جاء في الحكم الأول[1] ما يلي: « وحيث دفع الطرف المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لخرقها لمقتضيات الفصلين 71 و 72 من كناش الشروط الإدارية العامة المتعلق بصفقات الأشغال.

.(...)

وحيث إن النزاع موضوع القضية قد نشأ إثر انتهاء الصفقة ذلك أنه يتعلق بتقليص حجم الأشغال، وبالتالي فإنه لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها أعلاه، مما يكون معه الدفع بخرق المقتضيات المذكورة غير مرتكز على أساس سليم ويتعين رده «.

كما جاء في الحكم الثاني[2] ما يلي: « حيث ينص الفصل 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه ‹ إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ عقد الصفقة وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة يعرض فيها تظلماته، وتدلي السلطة المختصة بجوابها داخل أجل الشهرين ...›.

وحيث إن إنجاز الأشغال يجعل الصفقة قد تخطت مرحلة التنفيذ، مما لا وجه معه للتمسك بهذا الدفع، فضلا عن أن مسطرة التظلم تبقى في جميع الأحوال مسطرة اختيارية، لا تتمتع بالصفة الإجبارية، لكونها لا يمكن أن تقيد الحق في اللجوء للقضاء كحق أصيل طبقا للفصل 117 من الدستور، يجب أن يجرد ويتحرر من الشكليات الغير

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش رقم 69 بتاريخ 18/02/2020 موضوع الملف عدد 857/7114/2019 (غير منشور).
(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4099 بتاريخ 12- 12- 2013 موضوع الملف عدد 102- 13- 2013 (غير منشور).

الجوهرية التي تعيق الولوجية لمرفق القضاء، طالما أن المشرع نفسه لم يقيدها بجزاء معين له صلة بالنظام العام، مما تعين معه رد الدفع المذكور «.

والملاحظة العامة من خلال الأعمال القضائية المذكورة أعلاه، هو أن المحاكم مصدرتها تعتبر بأن المطالب الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع الصفقة، وما ارتبط بها من تعويضات لا تندرج ضمن الحالات التي يتعين فيها سلوك مسطرة المنازعة الإدارية القبلية، بمبرر أن المقتضيات التي تنص على سلوك ذلك، تقتصر على الحالة التي تكون فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ ليس إلا.

لكن من المعلوم أنه طبقا لمقتضيات المادة 68 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016، فالمبلغ الإجمالي الناتج عن تنفيذ الصفقة، إنما يحدد بمقتضى الكشف التفصيلي والنهائي، والذي يعد وثيقة تعاقدية تجمل مجموعة من العناصر التي تأخذ بعين الاعتبار في التسوية النهائية للصفقة، وتهم كميات الأشغال المنفذة والأثمان المطبقة عليها، مراجعة الأثمان، التعويضات الممنوحة ... إلخ.

ويتم التوقيع على هذا الكشف من قبل أطراف الصفقة بما فيها المقاول، وينتج عن موافقة المقاول على هذا الكشف، ومصادقة السلطة المختصة، التزامه وكذا التزام صاحب المشروع بالتسوية النهائية للصفقة.

أما إذا وقع المقاول على الكشوف التفصيلية مع وضع تحفظات، وجب عليه أن يعرض كتابة وبالتفصيل أسباب تحفظاته، وأن يحدد المبلغ موضوع مطالبه، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على الكشوف التفصيلية النهائية، ويتم حينئذ تطبيق ما ورد في المادة 81 المنظم لمسطرة تسوية الخلافات والنزاعات.

وبعد انصرام هذا الأجل يعتبر الكشف التفصيلي مقبولا من طرف المقاول، ويحرر محضر من طرف صاحب المشروع لهذه الغاية.

والخلاصة التي نصل إليها من خلال عرض المقتضيات أعلاه، هي أن المطالبة الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع التعاقد، وما يرتبط بها، تبقى خاضعة للمسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، خاصة إذا كانت تستند إلى المنازعة في الكشوف الحسابية باعتبارها الوثيقة التعاقدية المحددة للمبالغ المالية الناتجة عن تنفيذ الصفقة.

وبالتالي يبقى توجه المحاكم المذكورة أعلاه في حدود ما ذكر محل نظر، وذلك بالنظر أيضا لصراحة المقتضيات القانونية في الإحالة على هذه المسطرة الإدارية للتسوية تحت طائلة ترتيب بعض الآثار، وفق ما ورد في المواد 62 من دفتر الشروط لسنة 2000 التي أحالت على مقتضيات المواد من 71 إلى 73، والمادة 44 من دفتر سنة 2002 التي أحالت على المادتين 53 و54، وكذا المادة 68 من دفتر سنة 2016 المشار إليها أعلاه، والتي أحالت على المادة 81.

الاعتبار الثاني: استبعاد بعض المحاكم تطبيق مقتضيات هذه المسطرة بالاستناد إلى موضوع أو طبيعة المنازعة.

وهكذا اشترطت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1] من أجل تطبيق مقتضيات هذه المسطرة، بأن يكون النزاع متعلقا بمطالب ناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، وفق ما جاء في القرار التالي: « لكن حيث إنه من جهة فبالنسبة لسبب الاستئناف المتعلق بخرق مقتضيات المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة وذلك عندما قبلت المحكمة دعوى المستأنف عليها بالرغم من عدم تقيدها قبل ذلك بالمسطرة المنصوص عليها في هذا المقتضى القانوني، فإنه باستقراء مترابط وشمولي لكافة فقرات وبنود المادتين المشار إليهما أعلاه، واللتين جاء بهما المشرع من أجل تنظيم تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة، يتبين أنهما فعلا ميزتا

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015 المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

بين نوعين من أنواع هذه المساطر، بحيث أن الأولى تتعلق بالصعوبات التي تنشأ مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، والتي بمقتضاها يمكن للمقاول في هذه الحالة أن يوجه مذكرة مطالب إلى المهندس الرئيس يعرض فيها تظلماته، وتدلي هذه الأخيرة بجوابها داخل أجل شهرين، وفي حالة حدوث نزاع مع هذه السلطة المختصة جاز للمقاول وداخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تبليغ جواب السلطة المختصة أن يوجه إلى هذه الأخيرة بواسطة رسالة مضمونة بإفادة بالاستلام مذكرة يبين فيها أسباب ومبلغ مطالبه قصد إرسالها مشفوعة برأيها إلى الوزير المختص الذي يجب عليه أن يدلي بجوابه داخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تسلم المذكرة المذكورة، وبعد انصرام هذا الأجل تعتبر مطالب المقاول غير مقبولة، وفي هذه الحالة كما في الحالة التي ترفض فيها مطالبه يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، في حين أن المسطرة الثانية وبحسب الفقرة الثالثة من المادة 72 المشار إليها آنفا فتتعلق بالمطالب الناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي حيث يتوجب على المقاول في هذه الحالة أن يرفع مطالبه إلى المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن هذا الكشف وإلا اعتبر كما لو قبل بمضمون القرار المذكور وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وحيث إنه لذلك، وبالاطلاع على عناصر المنازعة ومعطياتها وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات، وانطلاقا من الضوابط القانونية الآنفة الذكر، وبإسقاطها على واقع النزاع يتبين أن الدعوى الحالية التي رفعتها المستأنف عليها، وخلافا لما وقع الدفع به تبقى مقبولة شكلا مادام أنه ليس هناك ضمن وثائق الملف ما يفيد تبليغها بقرار الإدارة بخصوص المراسلة الموجهة إليها بتاريخ فاتح يوليوز 2013 عن طريق البريد المضمون، حتى يمكن ترتيب الآثار القانونية على ذلك، بشكل يمكنها معه رفع هذه المطالب أمام القضاء المختص بدون التقيد بأي أجل، كما أنه لا يمكن التمسك بمقتضيات الفقرة الثالثة

من ذات المقتضى القانوني والتي لا تكون لازمة التطبيق إلا في الحالة التي يكون فيها النزاع يتعلق بمطالب ناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي الذي يحصر بمقتضاه المبلغ النهائي الناتج عن تنفيذ الصفقة ويتناول بالتفصيل مجموع العناصر التي تم أخذها في الاعتبار من أجل التسديد النهائي للصفقة الذي لم ينجز في النازلة أو ما يفيد تبليغه للمستأنف عليها، مما يجعل ما أثير في هذا الصدد غير قائم على أساس «.

كما اعتبرت في قرار آخر بأن تطبيق هذه المسطرة تقتضي بأن يهم الأمر وجود صعوبات مادية في سير الأشغال، وذلك بالرغم من كون المادة من 71 من دفتر سنة 2000 لم تحدد طبيعة الصعوبات مادية كانت أو غيرها لتطبيق هذا الفصل.

وهكذا جاءت حيثية هذا القرار[1] كالتالي: « وحيث من جهة ثالثة وفيما يتعلق بالسبب الثالث للاستئناف المتصل بخرق مبدأ التسوية الحبية للنزاع، فإنه ولئن أشار المشرع في بنود المادتين 71 و 72 من المرسوم رقم 2.99.1087 بتاريخ 4 ماي 2000 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة من أجل تنظيم مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة، والتي يجب التمييز فيها بين نوعين من أنواع هذه المساطر بحيث أن الأولى تتعلق بالصعوبات التي تنشأ مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، في حين أن المسطرة الثانية وبحسب الفقرة الثالثة من المادة 72 المشار إليها آنفا فتتعلق بالمطالب الناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي حيث يتوجب على المقاول في هذه الحالة أن يرفع مطالبه إلى المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن هذا الكشف، وإلا اعتبر كما لو قبل بمضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه فإن الأمر في نازلة الحال لم يصادفه أي

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 7329 بتاريخ 31/12/2019 في الملف عدد 457/7207/2016 (غير منشور).

صعوبات مادية في تمويل سير الأشغال للتمسك بالفصل 71، طالما أن الشركة تتمسك بكون النزاع نشأ عن رفض المهندس المعماري التأشير على قيمة الأشغال جراء الشكاية المقدمة ضده من طرف الشركة بدعوى طلب رشوة وفق ادعاء ممثلها، فضلا على أن التظلم يعتبر في حد ذاته مكنة إضافية منحت للدائن في مراجعة الإدارة لتسوية الخلافات حبيا، ولا يمكن جعلها مسطرة تحد من حق اللجوء إلى القضاء، مما يبقى ما أثير في هذا الشأن غير مؤسس ويتعين استبعاده «.

ورغم أن المادة 71 من دفتر سنة 2000 لم تحدد طبيعة الصعوبات التي يتعين فيها تطبيق هذه المسطرة، وذلك بخلاف ما استنتجته قراءة محكمة الاستئناف الإدارية لهذه المادة من خلال القرار أعلاه، فإن المشرع ومن أجل تسوية كل ما يمكن من نزاعات بصفة ودية، فقد نص في المادة 81 من دفتر سنة 2016 على عبارة تفيد التعميم بشأن النزاعات التي تطبق فيها هذه المسطرة، وذلك حينما نص على ما يلي: « إذا نشأ خلاف كيفما كان نوعه خلال تنفيذ الصفقة «.

المطلب الثاني: مزايا المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

باستحضار الغاية التي شرعت من أجلها المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، والمتمثلة أساسا في إتاحة الفرصة لطرفي عقد الصفقة من أجل التسوية الودية لنزاعاتهم دون اللجوء إلى القضاء، تظهر مزايا هذه المسطرة سواء بالنسبة لصاحب المشروع (**الفقرة الأولى**) أو بالنسبة لصاحب الصفقة والقضاء أيضا (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: مزايا المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب المشروع

لا شك أن من شأن تفعيل المقتضيات المنظمة للمسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، عدة مزايا بالنسبة لصاحب المشروع، منها ما هو نظري، ومنها ما هو عملي.

بالنسبة للمزايا أو الفوائد النظرية، فتتجلى بالخصوص في منح صاحب المشروع فرصة لإعادة النظر في موقفه وتعديله، أو العدول عما اتخذه من قرارات إذا ما اقتنع بصحة المطالب المقدمة أمامه.

وهكذا بفضل هذه المسطرة، يتمتع صاحب المشروع بحق الخيار بين أن يسوي نزاعه وخلافه مع صاحب الصفقة بشكل ودي، وهو ما يترتب عنه تجنيبه الوقوف موقف المدعى عليه أمام القضاء مع ما يقتضيه ذلك من جهد الدفاع ومصاريفه ... إلخ، ويحفظ بالمقابل سمعة مختلف مرافق الدولة، وتعزيز الثقة فيها مع انعكاس ذلك على المستوى الاقتصادي والاجتماعي ... إلخ.

ولا تقل الفائدة العملية للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية من أهمية عن المزايا النظرية، خاصة من حيث الآثار المالية المترتبة عن تفعيل هذه المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب المشروع، ويكفي أن أعطي هنا مثالا عن ذلك يخص حالة تأجيل الأشغال أو توقيفها.

وهكذا فإن إقدام طرفي النزاع على تسوية خلافاتهما بشكل ودي مع ما قد يحصل خلال هذه التسوية من تنازل كل منهما للآخر عن جزء مما قد يدعيه لنفسه، أن يترتب عن ذلك تجنيب صاحب المشروع مبالغ مالية إضافية لو تم اللجوء مباشرة إلى القضاء.

ولأن تسوية النزاعات في مثل هذه الأحوال يغلب عليها الطابع التوافقي بين طرفي الصفقة، وهما صاحب المشروع من جهة، وصاحب الصفقة من جهة ثانية، دون حضور الطرف الثالث وهم الخبراء في حالة عرض النزاع على القضاء، والذي يكون دورهم مؤثرا ومختلفا عن حالة تسوية النزاع وديا.

وهكذا إذا كان المشرع قد خول المقاول – وذلك سواء بموجب المادتين 44 و45 من دفتر سنة 2000، والمادتين 48 و49 من دفتر سنة 2016 – الحق في التعويض عن تأجيل الأشغال أو توقيفها، وذلك كالمصاريف التي تفرضها عليه حراسة الورش، وعن الضرر التي تتم معاينته بصفة قانونية، والكل إذا طلب ذلك من صاحب المشروع، ودعم طلبه بالوثائق المثبتة للضرر، فإن تمكينه من التعويض في هذه الحالة، وفي إطار المرحلة الإدارية يكون أفضل بكثير من قيامه بعرض نزاعه على القضاء، وأمره بإجراء خبرة لتحديد هذه التعويضات.

وقد أثبتت الممارسة العملية ذلك في كثير من المنازعات التي عرضت على القضاء، والتي غالبا ما تأتي في إطارها تقديرات السادة الخبراء متسمة بالمغالاة في تقدير التعويضات، رغم عدم ثبوت الأضرار المعوض عنها بالوثائق المقبولة من جهة، وكذا توسيع نطاق أو مشمولات التعويض من جهة ثانية، وتتم مع ذلك المصادقة على هذه التقارير بالرغم من الملاحظات التي تثيرها.

وإذا كان المشرع قد جعل الاستجابة لطلب التعويض عن الضرر رهين بإثباته، ومعاينته بصفة قانونية، وبالوثائق المثبتة لذلك، من قبيل المحاضر التي تحدد عدد الآليات ونوعيتها المرصودة فعلا بالورش، أو بالدفتر اليومي لسير الورش والذي تسجل فيه دوريا الوسائل المستعملة، أو لائحة العمال المرصودة لحراسة الورش، أو الإثبات بواسطة[1] الوثائق المحاسبتية الممسوكة من قبل صاحب الصفقة، قصد تبرير النفقات والأضرار التي تكبدها جراء تجميد آلياته ومعداته وموارده، شريطة ارتباط هذه النفقات المبررة محاسبيا مع التجميد الفعلي الحاصل نتيجة أشغال الصفقة، ولأسباب تعود أساسا إلى أوامر صاحب المشروع ... إلخ، وذلك حتى تكون تقديرات التعويض مبنية على اليقين، وعلى الوثائق المثبتة لها

(1) القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 562/4 بتاريخ 10/11/2020 موضوع الملف الإداري عدد 884/4/4/2020 (غير منشور).

لا على مجرد الاحتمال والتخمين، إلا أن الممارسة العملية تكتفي أحيانا بالاستناد إلى تقديرات شخصية للخبراء، وتكتفي المحاكم بالمصادقة عليها بالرغم من ذلك، وأدلي هنا بمثال في هذا الإطار، يتعلق بقرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1]، والذي جاء فيه ما يلي: « (...) ومن جهة ثانية، فإن مقتضيات المادة المذكورة نصت على وجوب معاينة هذا الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع بالرجوع إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول، وأنه في نازلة الحال فقد أشار الخبير المنتدب من طرف هذه المحكمة بخصوص هذه المسألة إلى أن طرفي النزاع لم يقدما مذكرة تنفيذ الأشغال لمعرفة كافة الوسائل التعاقدية التي كان المتعاقد يعتزم تجنيدها لتنفيذ الأشغال ضمن العرض التقني، ونالت موافقة صاحب المشروع، كما أنه لم يتم تدوين في محاضر الورش وصول و إنزال ومغادرة الوسائل البشرية والمعدات المستعملة التي تم رصدها للمشروع، وتتبع الدخول والخروج من الورش، للرجوع إليه عند المطالبة بالمستحقات عند الاقتضاء، غير أن الخبير بالرغم من ذلك وبعد تفقده للأشغال المنجزة ومعرفة طبيعتها وكيفية تنفيذها وبحكم تخصصه وخبرته في مجال البناء والهندسة المدنية، خلص إلى تقدير مصاريف الأضرار الناتجة عن إيقاف الأشغال التي ترجع إلى الإدارة خلال مدة 388 يوما إلى ما مجموعه 2.681.79506 درهم، ويتعين تبعا لذلك اعتماد ما جاء في تقريره بهذا الشأن «.

ولتهيئة الدليل في حالة حدوث نزاع بشأن تأجيل الأشغال، وتفاديا لمثل الوضعية المشار إليها أعلاه، نص المشرع بموجب الدفتر الجديد على أنه في الحالة التي يتم فيها التأجيل بعد الشروع في الأشغال، القيام بمعاينة المواد الممونة، وكذا بالجرد التفصيلي لمعدات المقاول وتركيباته في الورش، ويتم إعداد وضعية لهذه الغاية يتم توقيعها حضوريا من طرف العون المكلف بتتبع تنفيذ الصفقة، والمشرف على الأشغال عند الاقتضاء والمقاول (المادة 48 من دفتر سنة 2016).

---

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).

والملاحظ فضلا عما تقدم، أنه بالرغم من تحديد المشرع للتعويض في المصاريف التي تتطلبها حراسة الورش، وعن الضرر الذي يلحق بالمقاول جراء التأجيل أو التوقيف، إلا أن المحاكم الإدارية تتوسع في نطاق التعويضات الممنوحة، كما يتضح من خلال حيثية القرار[1] التالي: « وحيث بخصوص الأسباب المتصلة بالمنازعة في التعويض عن توقف الأشغال بفعل الإدارة صاحبة المشروع، فإنه لما كان من شأن حجز الضمانة النهائية والاقتطاع الضامن من طرف الجماعة صاحبة المشروع، وعدم تحرير الكفالة البنكية التي تقوم مقامها طيلة مدة التوقف في المشروع أن تترتب عنه فوائد تأخيرية تؤديها المقاولة لفائدة البنك مصدر الكفالة والتي قدرها الخبير في مبلغ 1.666.193،31 درهما على النحول المفصل في الصفحة 25 من تقريره، فإنه يتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض، كما أن المقاولة قد رصدت مجموعة من الموارد البشرية وكذلك جمدت مجموعة من الآليات طيلة مدة التوقف بلغت نفقاتها بحسب الخبير (...) فإنه يتعين اعتمادا على ما جاء في تقديرات الخبير (...) بشأن التعويض عن الضرر الناجم عن تجميد الآليات ورصد الموارد البشرية طيلة مدة التوقف، ويتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض.

وحيث من جهة أخرى بخصوص التعويض عن ما فات المقاولة من ربح نتيجة عدم إتمام المقاولة للأشغال بفعل الإدارة البالغ قيمتها (32.028.060،00) درهما، مما فوت على المقاولة تحقيق ربح يساوي (6405612،00) درهما بحسب هامش ربح نسبته 20% المعمول بها في مجال صفقات الأشغال، ويتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض.

وبناء عليه إذا كانت التعويضات التي يتم الحكم بها يجب أن تقتصر على الأضرار الحالة والمحققة بكيفية فعلية والناتجة مباشرة عن تأجيل أو توقيف تنفيذ أشغال عقد الصفقة

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

لأسباب تعود أساسا إلى أوامر صاحب المشروع، فإن التعويضات التي يتم الحكم بها تتسم أحيانا بالمبالغة سواء في تقدير هذه التعويضات أو في تحديد نطاق أو مشمولات هذه الأخيرة، وذلك إما بالاستناد على خلاصات تقارير الخبراء، أو من خلال إعمال المحاكم الإدارية لسلطتها التقديرية في تحديد هذه التعويضات.

لهذه الاعتبارات تظهر فائدة ومزايا تسوية نزاعات الصفقات العمومية على مستوى المرحلة الإدارية، لأنها تجنب صاحب المشروع تحمل تعويضات عن أضرار غير مثبتة أحيانا، أو مستبعدة من التعويض في بعض الأحيان الأخرى، أو مبالغ في تحديدها، فضلا عن مبالغ أخرى تكون من مستلزمات اللجوء إلى التقاضي كالمصاريف القضائية، أتعاب الخبراء ...إلخ، وهو ما يقتضي من صاحب المشروع التحلي بالموضوعية، والتفاعل بشكل ايجابي مع مطالب صاحب الصفقة، والذي يبقى معنيا هو الآخر بمزايا هذه التسوية الودية، كما سنرى ذلك من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية: مزايا المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب الصفقة وللقضاء

لا تعود فائدة تفعيل المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية على صاحب المشروع وحده، وإنما تهم كذلك صاحب الصفقة، وكذا مرفق القضاء أيضا.

وهكذا فمن شأن الاستجابة لطلبات صاحب الصفقة أن يتم تسوية النزاعات المثارة بينه وبين صاحب المشروع، ومن ثمة تجنيبه أعباء التقاضي وما يقتضيه من إجراءات قد تطول بحسب مراحل التقاضي، بالإضافة إلى ما يستدعيه هذا المسار من تكاليف (رسوم قضائية، أتعاب الدفاع والخبراء ...إلخ).

ولا تخفى أهمية استيفاء صاحب الصفقة لمستحقاته أو تعويضاته في أقصر الآجال، من خلال تمكينه من تغطية نفقاته ومصاريفه، وأداء التزاماته تجاه الأغيار من ممونين وأبناك ... إلخ.

كما أن من شأن تفعيل المسطرة الإدارية للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية أن يحافظ على العلاقات فيما بين طرفي الصفقة، وتسود الثقة فيما بينهم، خصوصا بالنسبة للمستقبل إذا ما حصلت تعاقدات أخرى.

ومن الفوائد المهمة أيضا، والتي قد تنتج عن تفعيل المتنافس لمقتضيات المادة 169 من مرسوم الصفقات العمومية من خلال توجيه شكايته للجهات المعنية، أنه يمكن حسب مرحلة المسطرة، إما:

أ) أن يتم الأمر بالقيام بتصحيح الخلل المثبت؛

ب) أن يتم تقرير إلغاء المسطرة.

كما يمكن وقبل أن يتم تقرير الإلغاء، أن يأمر بإيقاف مسطرة الدعوة إلى المنافسة لمدة لا تفوق عشرة (10) أيام كحد أقصى شريطة ما يلي:

- أن تكون الشكاية صحيحة وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يلحقه ضرر إذا لم يتم توقيف المسطرة؛

- ألا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين.

وهذه الفوائد قد لا تتحقق حتى بسلوك مسطرة الطعن بالإلغاء مباشرة، واستصدار حكم يقضي بالإلغاء، لأن إلغاء القرار المنفصل ليس من شأنه التأثير[1] على الوجود القانوني لعقد

(1) - ذ. مراد أيت الساقل، تطور اجتهاد القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 124.

الصفقة المبرم بين طرفيه، وبالتالي يمكن متابعة تنفيذه لأجل مصلحة المرفق العام من جهة، وهو نفس الأمر ينطبق على مسطرة[1] ايقاف التنفيذ، بالنظر للمدة الزمنية التي قد يستغرقها البت في النزاع، والذي قد يحصل – البت في النزاع - بعد إتمام إبرام الصفقة وتنفيذها أحيانا من جهة ثانية، مما لا يبقى معه للمتضرر سوى إمكانية تقديم دعوى من أجل المطالبة بالتعويض إن توفرت موجباتها.

والأكيد أن من شأن هذه التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية أن تعود مزاياه أيضا على القضاء الإداري من خلال تخفيف العبء عنه، خصوصا إذا تعلق الأمر بنزاعات بسيطة قابلة للتسوية والحل على مستوى المرحلة الإدارية، والتي يجدر عدم شغله بها، وبالتالي تمكينه من تعبئة جهده للملفات التي تستعصي عن هذه التسوية، والتي يكون تدخله فيها لا مناص منه، لما تنطوي عليه من تعقيدات قانونية أو تقنية.

خاتمة

نخلص من خلال كل ما تقدم إلى القول، بأن القضاء الإداري في عمومه لا يضفي الصبغة الإلزامية على المسطرة الإدارية باعتبارها آلية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، ويعتبرها مسطرة ودية اختيارية لا يحول عدم تفعيلها دون اللجوء إلى القضاء، بمبرر أن المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها مما يخول للمقاول الخيار بين سلوك هذه المسطرة، وبين اللجوء مباشرة إلى القضاء.

وإذ نتفهم موقف القضاء الإداري وحرصه من خلال إقراره للصبغة الإختيارية لهذه المسطرة، على عدم ضياع حقوق صاحب الصفقة خصوصا إذا كانت جدية ومشروعة،

(1) - ذ. حميد ولد البلاد، القضاء المستعجل الإداري في مجال العقود والصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 110.

إلا أن لموقفه بالمقابل بعض النتائج غير المرغوب فيها من قبيل:

- ترسيخ المسلك السلبي في التعامل مع هذه المسطرة، سواء من قبل صاحب الصفقة، أو من قبل صاحب المشروع.

- طرح سؤال الجدوى من سن المقتضيات القانونية المنظمة لهذه المسطرة، إذا لم تفعل على مستوى الممارسة العملية، سواء من قبل المخاطبين بها، أو من طرف القضاء، خصوصا إذا استحضرنا الحكمة من وراء سنها، والمتمثلة أساسا في الرغبة في حل الكثير من المنازعات المرتبطة بالصفقات العمومية بطريقة ودية دون تدخل القضاء.

لذلك يكون من الأفضل بالنسبة للمخاطبين بهذه المقتضيات العمل على تفعيلها، وذلك من خلال:

- مبادرة المتنافس أو صاحب الصفقة - على حسب الأحوال - إلى المطالبة بتفعيل مقتضيات مرسوم الصفقات العمومية، أو دفتر الشروط الإدارية العامة، عبر سلوك المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، وذلك في مرحلة أولى، واللجوء إلى القضاء بعدها إذا لم تؤد هذه التسوية الودية إلى حل للنزاع المطروح على مستوى المرحلة الإدارية.

- حرص صاحب المشروع على التحلي بالموضوعية، والتجاوب بشكل ايجابي مع مطالب صاحب الصفقة من خلال الجرأة في اتخاذ القرارات المرضية للطرفين، وذلك من أجل حسم النزاع على مستوى المرحلة الإدارية، بالنظر لفوائد ذلك بالنسبة لصاحب المشروع، وصاحب الصفقة، والقضاء أيضا.

VII. مدى تأثير جائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم في فض المنازعات

من إعداد الدكتورة كوثر الرفاعي
إطار بالوكالة القضائية للمملكة

يشهد العالم في هذه الآونة أزمة عالمية لم يسبق لها مثيل من حيث الطبيعة أو الانتشار أو الآثار، وهي أزمة كورونا المستجد (COVID- 19)، والتي لم تترك مجالا إلا وكان لها آثار سلبية عليه، وأحدثت تغييرات جذرية في كثير من المفاهيم الثابتة والمستقرة في الوجدان الدولي.

وعلى هذا النحو، أعلنت منظمة الصحة العالمية في السنة الماضية حالة الطوارئ على كل الدول من أجل أخذ كل الاحتياطات اللازمة لمواجهة هذه الجائحة، مما تسبب في اضطرابات كبرى طالت كل جانب من جوانب حياتنا اليومية، أهمها الجانب القضائي، حيث تأثر سير الإجراءات القضائية الجارية.

ونتيجة لذلك، فقد تم إغلاق مقرات المحاكم في بعض البلدان، إذ أصبحت الأطراف التي تقاضي نزاعاتها نفسها بالفعل في موقف مقلق بسبب تأخيرات كبيرة، وجداول زمنية غير مؤكدة لحل قضيتها بفعل الفيروس المذكور، وهذا ما قد يجعل ذات الأطراف تبحث عن وسائل بديلة لفض منازعاتها تكون أكثر فاعلية مثل التحكيم.

هذا الأخير لقي خلال السنوات الأخيرة إقبالا غير مسبوق في الميدان التجاري سواء على الصعيد الوطني والدولي، إذ أصبح أداة مهمة لحل المنازعات وذلك بفضل ما يتميز به من مزايا متعددة، لكونه يجد أساسه في إرادة الأطراف واتفاقهم من جهة،

وفي كون المحكم المختار من طرفهم لا ينتمي إلى القضاء الرسمي للدولة، مما يسمح بوصف التحكيم بالقضاء الخاص.

والتحكيم كوسيلة لفض النزاعات كانت معروفة منذ القدم، بحيث عُرفت لدى جميع الحضارات بما في ذلك الحضارة العربية، ونظرا لأهمية هاته الوسيلة، فقد تدرج تشريعنا المغربي بتقنينه منذ الحماية إلى آخر تنظيم له بموجب القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر بتاريخ 24 ماي 2022[1].

لذا، فقد قام هذا القانون بتحديد تعريف قانوني خاص بمفهوم التحكيم، وذلك بمقتضى المادة الأولى منه، إذ يقصد به بأنه: « عرض نزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم »[2].

وهكذا، وأمام اجتياح جائحة كورونا في العالم، أصبحت مقاربة الانتقال من التقاضي الرسمي التقليدي إلى وسيلة التحكيم كآلية بديلة لفض المنازعات مسألة ضرورية، ذلك لأننا نجد أن الكثير من المؤسسات التجارية وأنشطتها عجزت عن الوفاء بالتزاماتها، مما أدى إلى بروز منازعات تجارية مختلفة تقتضي طبيعتها التجارية والائتمانية أن تتم تسويتها بشكل سريع يتفق مع طبيعة هذه المعاملات.

والحقيقة، إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو ما طبيعة التحكيم الذي يكون أكثر فاعلية في تدبير المنازعات لفائدة الأطراف التي اختارت اللجوء إلى

(1) ظهير شريف رقم 34.22.1 صادر في 23 من شوال 1443 (24 ماي2022) بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7099، 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022).

(2) للإشارة فقبل صدور القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، كان القانون رقم 08.05 المضمن في قانون المسطرة المدنية المغربي بمقتضى الفصل 306 منه هو المكلف بتحديد مفهوم التحكيم، وقد عرفه بأنه: « حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم».

- والملاحظ أن التعريف الجديد لمفهوم التحكيم الوارد في القانون رقم 95.17 هي نفس الصياغة من حيث المضمون بمجملها الواردة في الفصل 306 من القانون رقم 08.05، وإن كان من حيث الشكل فالتعريف الوارد من كلا القانونين يختلفان في عبارة واحدة، ويتعلق الأمر أن المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد اعتبرت التحكيم عرض النزاع، والفصل 306 اعتبرته حل النزاع.

هاته الوسيلة في زمن كورونا؟، هل الطبيعة تتحدد في أن يكون التحكيم عادي حضوري أم التحكيم الكتروني؟.

صراحة، إن الإجابة ستكون مباشرة، وذلك بالقول إن طبيعة التحكيم في الوقت الراهن سيتم عن بعد، نظرا لكون الفترة الحالية تشهد تزايدا ملحوظا في فض المنازعات التحكيمية عبر الانترنيت، وذلك لمقتضيات العصر المتزايدة أو في سبيل الخروج من تداعيات الجائحة العالمية التي نعيشها الآن.

وعليه، ونظرا لأهمية التحكيم الالكتروني في ظل انتشار وباء كورونا وخاصة في الميدان التجاري.، والتي تتجلى بعضها في عدم قيام الأطراف بالانتقال من بلد لآخر من أجل

حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات، وسرعة الفصل في النزاع والسرية في كل مراحله، ثم سهولة الحصول على الحكم التحكيمي بشكل الكتروني من خلال مواقع مصممة لهذا الغرض، فإننا لن نتعمق في تحديد مفهومه، أو شروطه أو إجراءاته المسطرية[1]، بقدر ما يهمنا هو الإجابة على الاشكال الجوهري ألا وهو « **ما مدى تأثير جائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم في فض المنازعات**»؟ **هل هاته الجائحة أثرت بشكل سلبي على فعالية هاته الوسيلة؟، أم أنها أثرت بشكل إيجابي في ذلك؟.**

(1) نحيل بذلك على القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وبالضبط في المادتين 35 و 36.

للإجابة على هذا الإشكالات وغيرها سوف نعتمد على المنهجية التالية:

المطلب الأول: التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

المطلب الثاني: التأثير الايجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

المطلب الأول: التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

حقيقة إن فيروس كورونا يثير مخاوف رئيسية في المجال القانوني، إذ تتأثر خاصة مجموعة من عقود التوريد بشكل كبير، ولا يتم الوفاء بالالتزامات التعاقدية بشأنها، وفي هذا الاتجاه ينصب التركيز على حالات القوة القاهرة وأحكامها، ولكن في ظل إجراءات الاقفال التام وحظر السفر على الصعيد العالمي، فقد تأثر سير الإجراءات القضائية الجارية، كما تأثرت جلسات التحكيم التي توقفت مما أدى إلى تعليقها[1]، ومن هنا، يظهر التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم من خلال تحديد الأسباب المباشرة (أولا) والأسباب غير المباشرة في ذلك (ثانيا).

أولا: الأسباب المباشرة.

يتمثل السبب السلبي المباشر المؤثر على فعالية آلية التحكيم لتسوية المنازعات **في ظهور فيروس كورونا**، والذي نتج عنه وقف جلساتها نتيجة الإعلان عن حالة الطوارئ التي اتخذتها جل دول العالم من بينها المغرب بناء على مرسوم بقانون[2]، هذا الأخير حاول منذ بروز البوادر الأولى لفيروس كورونا في شهر مارس من سنة 2020 من أن

(1) مقال إلكتروني نشره مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي (تحكيم)، « تدابير مكافحة فيروس كرونا المستجد (كوفيد 19) تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات «، « تأثير أزمة فيروس كرونا المستجد (كوفيد 19) على التحكيم، العدد رقم 3، يونيو / يوليوز 2020، مطبعة صادر الإمارات العربية المتحدة، الصفحة: 2. https://www.tahkeem.ae › handlers

(2) مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020).

يقيد من الفاعلية التقليدية السابقة لآلية التحكيم في فض المنازعات المعروضة أمامها، المتجسدة في الحضورية، أي حضور الأطراف المتنازعة مقر هيئة التحكيم قصد التوصل إلى حل يتوافق بينهما، ينتج عنه استصدار الحكم التحكيمي.

بمعنى كذلك، أن من آثار الأزمة ما شهده العالم من حالات الإغلاق وتوقف حركة النقل، ومنع السفر أو الانتقال بين الدول، وهو ما أدى بذاته إلى صعوبة تسوية المنازعات التجارية بالوسائل التقليدية التي توجب الحضور المادي لأطراف المنازعة، ومن تم الاستعانة بالوسائل التقنية الحديثة في تسوية هذه المنازعات عن بعد أو بوسائل إلكترونية[1].

وبطبيعة الحال، هذا السبب المباشر المذكور جعل وسيلة التحكيم في الوقت الحالي تتحول من نظام قضائي عادي يتسم بالحضورية، إلى نظام قضائي إلكتروني محض يتسم بعدم الحضورية، على الرغم من أن حالة الطوارئ خففت نوعا ما في الوقت الحالي، إلا أن الالتزام باللجوء إلى قواعد المعلوميات والالمام بها أصبح ضروريا عند اختيار التحكيم خصوصا إذا كان النزاع دوليا، أو أن أحد أطراف الملف مقره بعيدا عن مكان النزاع.

ومن هنا، لابد من الإشارة على أنه إذا كان التحكيم أصبح اليوم في ظل الجائحة يفرض أن ينعقد الكترونيا، فإن هذا الأخير كان في السابق اختياريا وكان معمولا به من طرف الشركات الأجنبية المتعددة الجنسيات بحكم بُعد الأطراف المتنازعة عن مكان الهيئة المعتمدة من أجل التوفيق بينهم عن طريق آلية التحكيم.

(1) الدكتور عبد الله عبد الحي الصاوي، ورقة بحثية للمشاركة في المؤتمر العلمي الخامس لكلية التجارة جامعة طنطا، بعنوان: « أثر أزمة كرونا على الاقتصاد القومي المقترحات والحلول »، المحور الثالث: الجوانب الاقتصادية، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، الصفحة: 2.

وفي هذا الإطار، نشير على أنه أصدرت عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 9 أبريل 2020 مذكرة توجيهية بشأن التدابير الممكن اتخادها للتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا على تحكيمات الغرفة المذكورة، مقدمة للأطراف والمستثمرين وهيئات التحكيم، وفي ما يلي نورد مقتطفات مترجمة لهذه المذكرة: « يشكل فيروس كورونا كارثة صحية إذ عطل الاقتصاد العالمي على نطاق واسع، وبالتالي سيقوم هذا الفيروس بتعطيل العديد من إجراءات التحكيم الجارية أمام غرفة التجارة الدولية، وبخلق منازعات جديدة سيكون التقدم بها أكثر صعوبة بسبب مخاوف تتعلق بالسلامة وفرض القيود المتعلقة بالصحة العامة للحد من أو إبطاء انتشار الفيروس، ومع ذلك يمكن للأطراف والمستشارين وهيئات التحكيم التقليل إلى الحد الأدنى من هذا التعطيل والصعوبة وربما تجنبهما عن طريق الاستخدام المدروس لأدوات إدارة الدعاوى المتاحة بالفعل، إما بموجب قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية (القواعد)، أو من خلال الخطوات الإضافية التي تتخذها محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية (المحكمة)، لتبسيط عملياتها الداخلية ...»[1].

ثانيا: الأسباب غير المباشرة.

يتحدد تأثير جائحة فيروس كورونا السلبي على فاعلية التحكيم في كونه يظهر هذا التأثير أيضا بشكل غير مباشر، ويتبين ذلك من خلال **ضرورة استخدام الأنترنيت** حتى يتم البت في المنازعات السابقة الخاضعة للتحكيم وحتى اللاحقة نتيجة التدابير الاحترازية المعمول بها في حالة الطوارئ، وهذا نعتبره سببا غير مباشرا يظهر أمام أشخاص قد لا تكون لهم تغطية في شبكة الانترنيت، أو قد لا تكون لهم دراية معلوماتية كافية تمكنهم من تتبع قضاياهم عبر الموقع الإلكتروني للهيئة التحكيمية، وفي هذه الحالة قد

(1) أنظر الموقع الالكتروني الخاص بالمحكمة الدولية للتحكيم (ICC).
https://cms.iccwbo.org

يجعل وسيلة التحكيم غير فعالة بالنسبة لهم.

وبالتالي، فإن العراقيل التي يطرحها الفيروس الجديد لا ترتبط سوى بالحضور الفعلي في جلسات الاستماع، ما يتمثل عادة بحضور الأطراف كافة والخبراء والشهود شخصيا عند

إجراء عملية التحكيم، فإنه يجري الآن تكييف جلسات التحكيم مع العالم الافتراضي، وبذلك يكون قد تم إدخال شكل جديد من أشكال التحكيم، ألا وهو حل النزاعات عبر الانترنيت[1].

وفي هذا المنوال، إذا كانت العديد من الهيئات التحكيمية العالمية قد حاولت أن تطور من خدماتها عن بعد في زمن فيروس كورونا، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي التي قامت بتحديث الخدمات في 18 مارس 2020، إذ عملت بكامل طاقتها إرشاد الأطراف إلى تقديم جميع الطلبات الجديدة من خلال نظام التقديم عبر الأنترنيت أو عبر البريد الالكتروني، مع دفع رسوم التسجيل إلكترونيا إلى حسابه المصرفي أو عن طريق بطاقة الائتمان، كما أخطرت ذات المحكمة أنها سوف تتوافق في جميع الحالات باستثناء الحالات مع الأطراف والمحكمين عبر البريد الإلكتروني فقط[2].

فماذا إذن، عن تعامل هيئات التحكيم المغربية مع التأثير السلبي الغير المباشر على فعالية التحكيم؟، إن الإجابة تكون عبر اتخاذنا لنموذج المركز الدولي لحل النزاعات بالرباط، إذ بالرغم من وجود هذا التأثير، فقد حاول قدر الإمكان بناء تصور عام وشامل يتماشى مع الظرفية الحالية التي يشهدها العالم، فقام بتوفير خدماته وتكويناته عن بعد،

---

(1) مقال إلكتروني نشره مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي (تحكيم)، « تدابير مكافحة فيروس كرونا المستجد (كوفيد 19) تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات .... «، م، س، ص: 2.

(2) مقال إلكتروني نشره موقع التحكيم الدولي، « فيروس كورونا (COVID - 19) والمحاكم: الانتقال من التقاضي إلى التحكيم؟، بتاريخ 18/04/2020.

https :www.international- arbitration- attorney.com /ar/coronavirus- covid- 19.

كما قام بتقديم بدائل وحلول وخيارات سريعة وآمنة لتسوية النزاع عبر موقعه الالكتروني: **iccr- maroc.com**، وأيضا أصدر مجلة إلكترونية متخصصة تعنى بالطرق البديلة لحل المنازعات.

ومن تم، فإذا كانت جائحة كورونا قد أثرت بشكل سلبي مباشر أو غير مباشر على فعالية وسيلة التحكيم في أن يقوم بالدور المنوط به لفض المنازعات التجارية أو الاجتماعية أو المدنية، فإننا لا يمكن لنا أن ننكر أن هذه الجائحة كان لها تأثير إيجابي مهم في تقوية مزايا هاته الآلية، وهو الأمر الذي سنسعى تبيانه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التأثير الايجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

إن القاعدة المتأصلة في مجال التحكيم، أن التحكيم الوطني (الداخلي) يعتبر قضاء خاصا واستثنائيا من مساطر التقاضي العادي، بحيث يبقى القضاء الرسمي (قضاء الدولة) هو الأصل في فض المنازعات والتحكيم استثناء، بينما في التحكيم الدولي فإن التحكيم هو الأصل في التقاضي فهو قضاء أصيل، ويبقى القضاء الرسمي استثناء، أي لا يلجأ إليه إلا نادرا، والعلة واضحة لأن الأجنبي والطرف في العقد لا يرغب في الخضوع لقضاء دولة أجنبية، وبالتالي يبقى قضاء التحكيم هو المفضل والأمثل والمنشود[1].

ومن هنا، نقول أن هذه القاعدة الأساسية لازالت قائمة رغم ظهور جائحة كورونا، وإن كان عمليا من ناحية الإجراءات المسطرية للتحكيم أصبحت مع تفشي هذا الفيروس تحيد شيئا ما عن الحضورية لتتم بشكل إلكتروني، إلا أن هذا وفي حقيقة الأمر سيقوي من فعالية آلية التحكيم في فض المنازعات المعروضة عليه، **وسيخفض من تراكم الجلسات وطولها**.

(1) الدكتور عبد الله درميش، « مفهوم التحكيم الدولي إلى أين ؟ «، مجلة دفاتر محكمة النقض « التحكيم والوساطة الاتفاقية»، العدد 25 ، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة MbArt ، السنة: 2015، الصفحة: 11.

وعلى هذا، تتجلى مظاهر هذا التأثير الإيجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم في العديد من الصور نقتصر على أهمها في: إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا(أولا)، ثم تنظيم جلسات الاستماع الافتراضية (ثانيا).

أولا: إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا.

أكد البند 10 من المذكرة الإرشادية لغرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من تأثير جائحة كوفيد 19 الصادر بتاريخ 09 أبريل 2020 أن الأمانة العامة التابعة لغرفة التجارة الدولية اعتمدت على تبسيط الإجراءات لتعزيز الكفاءة، وتجنب التأخيرات المحتملة بسبب هذا الوباء من خلال اعتماد الشكل الإلكتروني كطريقة أساسية للتواصل معها بدء من تقديم الطلب، وإيداع المستندات، وكذا الإخطارات بعد اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم إلى وسائل الاتصال الإلكترونية[1].

وفي هذا الصدد، نجد أيضا مشرعنا المغربي تبنى نفس توجه غرفة التجارة الدولية، وذلك بمقتضى القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، إذ نظم لنا مسألة إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية بشكل إلكتروني تنسجم مع الظرفية الاستثنائية التي تمر منها البلاد بسبب فيروس كورونا، وذلك بمقتضى المادة 35 منه التي توجب في مضمونها بأنه يتوجب على طالب التحكيم أن يتقدم خلال الموعد المتفق عليه بين الأطراف أو الذي تعينه الهيئة التحكيمية، بمقال التحكيم مكتوبا أو بطريقة إلكترونية، يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المطلوب في التحكيم وعنوانه، وعرض لوقائع القضية، وتحديد موضوع النزاع والطلبات إلى غير ذلك ...

(1) براهيمي نوال، « الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية»، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة البليدة، المجلد: 34 / عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، تاريخ النشر: يوليوز 2020، الصفحة: 408.

وهو الأمر الذي قضت به كذلك غرفة التجارة الدولية في مذكرتها الإرشادية في البند 11 منها، إذ أنه يمكن تقديم الطلب في شكل إلكتروني مرفقا بجميع المستندات المعضدة للطلب عن طريق البريد الإلكتروني للأمانة العامة، التي تقوم بدورها بالتواصل فورا مع صاحب الطلب للتأكد مما إذا كان تقديم الطلب في هذا الشكل ممكنا، وبالتالي فإن السلطة التقديرية هنا تعود للأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية لتحديد ما إذا كان تقديم الطلب في شكل افتراضي كاف لتحريك إجراءات التحكيم أم يتطلب الأمر تقديم الطلب ماديا.

وبذلك، إن إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية بشكل الكتروني خلال الفترة الأولى من تفشي فيروس كورونا يوفر للمتنازعين العديد من الإمكانيات لعرض حسم النزاع أمام محكم مفرد أو في الخضوع لمركز تحكيم معين، وتحقيق مقاصد الحفاظ على حياة الانسان من المرض، نتيجة ما قد يسببه تواجدهم في المحاكم العادية والتجمع إلى انتشار الوباء، وأن اعتماد أسلوب التحكيم التجاري الالكتروني في الوقت الحالي لدى المراكز التحكيمية الدولية سيؤدي إلى استمرار العمل في مراكز التحكيم المتنوعة الدولية، وتحقيق العدالة عند حسم النزاع وتوفير المردود المادي لهذه المراكز من جراء ذلك[1].

وعليه، إن أزمة كورونا لها أيضا تأثير إيجابي في تنامي فعالية آلية التحكيم لفض المنازعات، وذلك من خلال جعل إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا، وهذا ما لاحظناه يتجسد عندما أصدر معهد التحكيم لغرفة تجارة ستوكهولم بتاريخ 23 مارس 2020 معلومات حول سياسة العمل والحدث الحالية، عن طريق إبلاغ مستخدميها أن SCC تعمل بكامل طاقتها أثناء العمل عن بعد، وأنه يجب تقديم جميع طلبات التحكيم الالكتروني إلى se.chamber@bitration

(1) الأستاذ مصطفى ناطح صالح، « أبعاد التحكيم التجاري الالكتروني في ظل وباء كورونا »، مقال الكتروني منشور بتاريخ 15/04/2020 على الموقع التالي: portal.arid.my/ar- ly

ثانيا: تنظيم جلسات الاستماع الافتراضية.

تمتاز إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية بأهمية قصوى لضمان فعالية التحكيم كقضاء من نوع خاص بصفة عامة، ولضمان فعالية حكم التحكيم بصفة خاصة، وبالنظر إلى تعدد إجراءات ووسائل تحقيق الدعوى التحكيمية، فإنها غالبا ما تندرج ضمن الإجراءات الوقتية والتحفظية، حيث يصعب الفصل بينهما لتبقى الغاية المتوخاة من الإجراء هي المحدد ولو بشكل نسبي[1].

وعلى هذا، يعد تنظيم جلسات الاستماع الإفتراضية إجراء من بين إجراءات التحقيق في الدعوى التحكيمية التي تتم عن بعد، إذ يؤثر بشكل إيجابي في تحسين فعالية وسيلة التحكيم عند البت في دعوى معينة رغم الظروف الاستثنائية الناتجة عن ظهور فيروس كورونا.

وبهذه المناسبة، نشير إلى أن المذكرة الإرشادية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من تأثير جائحة كوفيد 19 الصادر بتاريخ 9 أبريل 2020 في البند 16 تؤكد أن الظروف الاستثنائية المفروضة بفعل الوباء قد جعلت من غير الممكن عقد الاجتماعات ماديا في مكان واحد، وذلك بالنظر إلى اعتبارات الصحة والسلامة إلى جانب قيود السفر المفروضة، وهنا ينبغي على الأطراف والمحامين ومحكمة التحكيم أن تتفق على إمكانية تأجيل جلسات الاستماع إلى وقت لاحق، أو إجراء هذه الجلسات افتراضيا أو إجراؤها وجها لوجه عن طريق الحضور الجسدي مع أخذ الاحتياطات اللازمة.

وأيضا، أوجبت ذات المذكرة في البند 22 منها في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى الاجتماع عن بعد باستخدام وسائل التواصل التكنولوجية أو قررت

(1) الدكتورة نهال اللواح، « إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية بين سلطة المحكم وتدخل القضاء – دراسة مقارنة –»، مجلة دفاتر محكمة النقض التحكيم والوساطة، العدد: 25، السنة: 2015، الصفحة: 106.

المحكمة أن المضي في جلسة سماع افتراضية سيسمح بإصدار حكم تحكيمي قابل للتنفيذ على أساس عادل، وسريع وفعال من حيث التكلفة، فإنها تلجأ إلى هذا النوع من الجلسات الافتراضية حتى وإن لم يتفق الأطراف على ذلك أو اعترضوا عليه، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب على المحكمة التحكيمية بعد التشاور مع الأطراف، أن تصدر قرارا مسببا توضح فيه أسباب لجوئها إلى عقد الاجتماع في شكل افتراضي، مراعية ملابسات ومعطيات القضية المعروضة.

ختاما لما سبق، نقول إن الوسائل البديلة لحل النزاعات التي يمكن اللجوء إليها كطرق بديلة للتقاضي هي وسائل توفر فعالية ومرونة ونجاعة في إصلاح ذات البين، والتي قد لا تتوفر في القضاء الرسمي، ووسيلة التحكيم سواء كان إبرامها يتم بشكل تقليدي أو بشكل إلكتروني ينتمي إلى هاته الوسائل، والتي حاولت أن تثبت لنا رغم الظروف الاستثنائية التي يمر منها العالم اليوم بسبب فيروس كورونا فعاليتها بشكل إيجابي، رغم الآثار السلبية الذي أنتجها هذا الفيروس تسببت في تأخير جلسات التحكيم، وصدور أحكام متأخرة التنفيذ، إلا أن التسريع في إحداث منصات إلكترونية خاصة بهيئات التحكيم الوطنية أو الدولية ساهم في تذويب تلك الآثار والتخفيف منها، إذ أصبح اليوم يزداد إبرام التحكيم إلكترونيا كل يوم ضمانا للسرية والسرعة في فض المنازعات المختلفة، وتخفيضا من التكلفة والمصاريف.

وهو الأمر الذي اعتمده القانون المغربي الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، إذ أقر أيضا بالعمل بالطريقة الجديدة لوسيلة التحكيم عن بعد التي أفرزتها جائحة كورونا، إلا أن هذا الشكل الالكتروني لا ينبغي أن يلغي مبدأ الحضورية كقاعدة أصلية مهمة التي تقرها الهيئة التحكيمية عند فض المنازعات، وهذا يفرز فعالية كبيرة في تحقيق العدالة ما بين أطراف الدعوى الذين اختاروا اللجوء إلى وسيلة التحكيم.

VIII. تمديـــد اتفـــاق التحكيـــم إلـــى الغيـــر: رهـــان العدالـــة ا لسر يعة

من إعداد: الأستاذ حميد السريدي
دكتور في القانون الخاص
إطار بالوكالة القضائية للمملكة

مقـــــدمة

من المعلوم أن هناك قطبان اثنان في المجتمعات القانونية، قانون دون قاضي أي قاضي يتحرك بحذاء المشرع، وقانون دون تشريع أي قانون قضائي خالص[1]، والأكيد أنه في نظامنا القانوني ينحصر دور القضاء في تطبيق القانون وتفسيره على أبعد حد، مما يبقى منه مصدرا هشا للقواعد القانونية.

في هذا السياق لم يتقدم الفكر القانوني الحديث سوى خطوات محددة للغاية بخصوص نظرية الالتزام عموما ومصادره على وجه الخصوص، بحيث أضاف إلى تلك المصادر مصدرا سادسا متمثلا في الحكم القضائي في إطار ما يسمى بنظرية الالتزام القضائي[2].

ويبدو أن قاعدة تمديد اتفاق التحكيم للغير تتعارض مع مقولة مونتيسكيو بأن القضاة ليسوا إلا اللسان الذي يتكلم بأحاديث القانون، فهم كائنات جامدة لا تستطيع خلق القاعدة القانونية[3].

---

(1) زهير ناعيم : «مدخل إلى أسس التفكير القانوني»، مطبعة المعارف الجديدة/الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص:201.
(2) سمير تناغو: «الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام(دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2014، ص: 6.
(3) زهير ناعيم، مرجع سابق، ص: 204.

من الناحية التاريخية، يلاحظ أن المحكمين كانوا مترددين في قبول فكرة تمديد نطاق آثار اتفاق التحكيم إلى أطراف غير موقعة، ليتغير النهج بشكل جذري على مستوى التحكيم الدولي.

وقد شهد المجتمع الدولي بالفعل تغييرا عميقا بخصوص مقاربة هذه المسألة بدءا من الرفض الصريح والقاطع لإقحام طرف غير موقع في التحكيم قبل بضعة عقود، ثم بعد ذلك وبوتيرة تدريجية سمح بتمديد اتفاق التحكيم إلى الغير[1].

و نشير أن نظرية تمديد اتفاق التحكيم نشأت نتيجة للممارسة العملية، وتبناها القضاء حيث نجد أن أول قرار أسس لهذه القاعدة قرار غرفة التجارة الدولية بباريس من خلال القضية المشهورة[2] ب Dow Chemical[3]، مما يسمح بالقول بأنها «مخلوق قضائي».

وتعكس هذه النظرية قدرة الفكر التجاري على خلق القواعد القانونية الكفيلة بتنظيم ميدان الأعمال التجارية بما يسهم في تخليق الممارسة التجارية ودعم الائتمان وتطهير مجالات اهتمامه من الشوائب التي تعيق مسيرته وفق خصوصيات المعاملات التجارية.

---

(1) - Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini: « Droit de l'arbitrage interne et international », L.G.D.J, édition 2e, 2019, p: 637

(2) - تتلخص وقائع هذه القضية في مبادرة شركتين من مجموعة شركات أمريكية، Dow Chemical إلى التعاقد مع شركة فرنسية Isover- Saint- Gobain لتوزيع منتجاتهما من العوازل الحرارية في فرنسا، وقد تضمن العقدان شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد شروع الشركة الفرنسية في تنفيذ العقد، وبسبب نزاع حول جودة المنتجات، فوجئت هذه الأخيرة بفسخ العقد من قبل شركة أخرى تابعة للمجموعة الأمريكية المذكورة العاملة بفرنسا، وتم إحالة النزاع على التحكيم من قبل الشركتين التابعتين للمجموعة المذكورة والموقعتين على العقد، وإلى جانبهما الشركة الأم والشركة الأخرى الفرع التي باشرت فسخ العقد مع العلم أن هاتين الأخيرتين لم توقعا على العقد. دفعت الشركة الفرنسية المدعى عليها بعدم اختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرع لم تكونا طرفًا في العقد المتضمن لشرط التحكيم. ولقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع مستندة إلى الطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات، ومن تم يمتد إليها شرط التحكيم، لأنهما يمثلان في النهاية حقيقة اقتصادية واحدة، حتى وإن كان لكل شركة شخصية قانونية مستقلة عن غيرها.

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم المتقدم، مستندة إلى الإرادة المشتركة لكل من الشركات المعنية، ومن ثم فإن «شركة Dow Chemicalالأم والشركة الفرع في فرنسا كلتاهما كانت طرفاً في العقود، على الرغم من أنهما لم توقعا عليها، وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجهتهم.

(3) - Sentence de Chambre de commerce internationale (C.C.I), n° 4131, du 23 Septembre 1982, Amissi Manirabona: « La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des Groupements de sociétés », Mémoire, Université de Montréal, 2006, p: 42

ذلك أنه مع تطور الممارسة التجارية اتضح أن مؤسسة نسبية العقود تتعارض مع التطور الذي يسم الأنشطة التجارية، ومن تم تعد نظرية التمديد تطورا طبيعيا وشرعيا لهذه المؤسسة الكلاسيكية التي تقوم على الشكلية في قيام الالتزامات عموما، عكس القانون التجاري الذي يرتكز على السرعة وحرية الاثبات البعيدة عن الشكليات التي تعيق التداول السريع للمعاملات.

يأتي هذا الموضوع في سياق جديد أضحى يحكم العقود، بحيث يعكس تحولا من خلال الانتقال من البعد العمودي الذي يؤطر العلاقة المباشرة البينية بين الدائن ومدينيه، إلى علاقة أفقية تستحضر بالإضافة إلى علاقة المدينين بالدائن حماية المشروع الاقتصادي.

والأكيد أن تمديد اتفاق التحكيم ليشمل أشخاص لم يوقعوا عليه يشكل أحد الموضوعات الأساسية في عالم التحكيم المعاصر، لاسيما في التحكيم الدولي، وتعكس هذه النظرية الدور الذي يضطلع به القضاء في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية، في سياق العدالة المنتجة التي تعد هذه النظرية أحد تمظهراتها[1].

لقد ساهمت التحولات الاقتصادية والعلاقات التجارية المتشابكة ومتطلبات حماية الفاعلين الاقتصاديين خاصة الدوليين إلى دفع المحاكم التحكيمية والوطنية إلى المس بركن التراضي في التعاقد عبر تمديد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير غير الموقع على هذا الأخير.

ذلك أن التطبيق الصارم والحرفي لمبدأ الأثر النسبي للعقد من شأنه أن يضر بمصداقية التحكيم لا سيما في إطار العقود المترابطة وكذا مجموعات الشركات، خاصة على مستوى تشتت النزاع المرتبط بالعقود المترابطة ومضاعفة الاجراءات الموازية، وبالتالي

(1) Maeva ZWIRN : « Etude des voies de recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais », Mémoire, Université Paris Sud Master 2 Juriste d'affaires franco- anglais 2013- 2014, p : 11.

إصدار قرارات متناقضة في قضايا مرتبطة ببعضها البعض، خاصة أمام غياب مساطر قانونية مشابهة لتلك المتبعة أمام عدالة الدولة[1].

أمام هذا الوضع تبقى آلية تمديد اتفاق التحكيم إلى أشخاص لم يتم التوصل معهم إلى اتفاق صريح، أهم الحلول لتركيز المنازعة أمام المحكمة التحكيمية الواحدة؛ لما لذلك من تحقيق للأمن التعاقدي والقضائي الأمر الذي يعكس الأهمية التي يحتلها الموضوع قيد الدراسة.

من خلال ما سبق ذكره، تتجلى لنا إشكالية الدراسة في مدى مراهنة القضاء التحكيمي على آلية تمديد اتفاق التحكيم في تدعيم السرعة المتطلبة للبت في المنازعات التجارية في ظل غياب نصوص قانونية تسعف في إعطاء إجابات عن الحقائق الاقتصادية المستجدة ؟

إن صياغة الاشكالية المركزية في شموليتها أدى إلى طرح جملة من التساؤلات الفرعية تتجلى في ما يلي: هل يمكن أن نتصور أن تمتد آثار اتفاق التحكيم للغير، وإذا كان الجواب بالإيجاب فعلى أي أساس يرتكز ذلك؟ ماهي الأسباب وراء تقرير هذه النظرية على خلاف ما هو مقرر قانونا؟ ماهي المصلحة القانونية التي تسعى هذه النظرية إلى حمايتها؟ وماهي الآثار القانونية التي ترتبت عن التقعيد لنظرية تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير؟

وعموما كان للانتقال من مبدأ نسبية آثار العقود إلى مبدأ توسيع آثارها إلى الأغيار بالغ الأثر على التوجهات العامة، بحيث تعكس قاعدة التمديد التضارب بين مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم مؤسسة التحكيم ومبدأ سلطان القاضي البارز من خلال تمرده على

(1) ذلك أنه إذا حدث ورفع الدائن عدة دعاوى مستقلة على مدينيه أمام محكمة واحدة، فإنه ولحسن سير العدالة وتفادي صدور حكمين في نفس القضية وما قد يترتب عليها من آثار قانونية، فإن المشرع خول وفق المادة 110 من قانون المسطرة المدنية للأطراف أو لأحدهم أن يطلبوا ضم الدعاوى للبت فيها بحكم واحد، كما للمحكمة أن تأمر بذلك من تلقاء نفسها

قاعدة نسبية آثار العقود(المحور الأول)، الأمر الذي مس بالقواعد التشريعية الراسخة (المحور الثاني).

المحور الأول: اتفاق التحكيم بين مبدأي النسبية والتمديد

قبل الحديث عن مظاهر التمديد القضائي لآثار اتفاق التحكيم للغير وما يرتبط بها من قضايا (ثالثا)، نسلط الضوء بداية على مبدأ سلطان الارادة كمبدأ أساسي يحكم مؤسسة التحكيم(أولا) ثم تحديد مفهوم الغير في التحكيم(ثانيا).

أولا: هيمنة سلطان الإرادة على التحكيم

قد يبدوا منذ الوهلة الأولى أنه من المستحيل ايجاد أية علاقة بين مؤسسة نسبية آثار العقود، و نظرية التمديد بالنظر لتناقض واختلاف الأساس الذي تنبني عليها كل منهما، فإذا كان التحكيم ينبني بالأساس على سلطان الإرادة المطلق المستمد من الاختيار الحر للأطراف وبمحض إرادتهم للجوء إلى هذه الوسيلة لتسوية منازعاتهم معبرين عن ذلك من خلال شرط يدرجونه في العقد الذي يربطهم أو من خلال مشارطة تحكيم عبارة عن عقد يبرمونه فيما بينهم بعد قيام المنازعة[1]، وفي كلتا الحالتين بمقدرتهم اختيار المحكمين واختيار القواعد المسطرية وكذا الموضوعية التي سيتم إعمالها للتوصل لحل النزاع دون رقابة عليهم من القضاء أو التشريع[2]، وذلك عكس لو التجائهم إلى المساطر القضائية الرسمية الذي تتشكل من مجموعة من القواعد التشريعية التي تستمد أساسها من سلطان القانون.

ويظهر طغيان الطابع الإرادي على مسطرة التحكيم، سواء على مستوى الحرية التعاقدية(أ)، أو على مستوى منع التدخل في المنازعة التحكيمية(ب).

(1) ينص الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية: « اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.
يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم».
(2) رياض فخري: «التحكيم ومساطر صعوبات المقاولة أي علاقة» المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 4، 2009، ص: 22

أ: هيمنة الإرادة على تفاصيل المحاكمة التحكيمية

من المؤكد أن سلطة القانون تتقاسمها في كل دولة السلطة التشريعية والجماعة والأفراد، فالسلطة التشريعية تسن القوانين، والجماعة تضع العرف والعادة الذين هما بمثابة قانون، شرط ألا يخالفاه إن كان صريحا، والأفراد يشرعون لأنفسهم عن طريق العقود التي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها[1].

وتعد الحرية التعاقدية، التعبير السامي لاستقلالية الإرادة، وقد تم إقرار هذا المبدأ لأول مرة من طرف مدرسة القانون الطبيعي لجون جاك روسو، وتم إنعاشه في مرحلة ثانية بفضل الفكر الفلسفي السائد في القرنين الثامن والتاسع عشر، وتقوم هذه الفلسفة على حرية الفرد في الالتزام بدون إكراه[2].

ومؤدى مبدأ الحرية التعاقدية أنه يحق للأفراد إبرام ما شاءوا من العقود وتضمينها ما شاءوا من الشروط وترتيب ما أرادوا من آثار عن تعاقدهم وذلك دون الالتزام بشكليات معينة، ولا يتدخل القانون إلا ليفرض احترام هذه الاتفاقيات للنظام العام والأخلاق الحميدة أي في النهاية ضمان حماية حرية الآخرين[3].

ويعني أيضا بأنه يكفي حدوث الرضى لانعقاد العقد وأن المتعاقدين مستقلين في تحديد مضمون العقد[4]، أي أن للأطراف حرية بلورة التصرف وفق مشيئتهم وترتيب جميع الآثار بناء على ذلك.

---

(1) أحمد شكري السباعي: «مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية»، الدورة التخصصية في المادة التجارية، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، المعهد العالي للقضاء، يونيو 2004، ص: 148.

(2) لحسن بيهي: «الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي»، مطبعة دار السلام الطبعة الأولى 2005 ص: 144.

(3) محمد الشرقاني: «النظرية العامة للالتزامات العقد، الارادة المنفردة، المسؤولية التقصيرية»، دار القلم الرباط، 2003، ص: 41.

(4) Pillippe DELEBECQUE: « Droit des obligations ; contrat et quasi contrat », 3 éme éd Litec ;Juris –clas- - .seur.2003, p: 32

إن هذا المبدأ التشريعي هو جوهر مؤسسة التحكيم وقطب رحاها الذي تدور حوله، بحكم أن إرادة الأطراف، تعد أرضية وأساس السلطة القضائية للمحكم، بمعنى أن للإرادة موفور السلطة على إجراءات التحكيم وأنها هي الأصل الذي يستلهم منه المحكم سلطاته في البت في المنازعة.

فالتحكيم يستند في وجوده إلى الإرادة المشتركة للأطراف والتي وحدها يمكن أن تمنح للمحكم سلطته القضائية من خلال التراضي على كل تفاصيل مؤسسة التحكيم، وبالتالي فإن الاحترام الصارم لمبدأ نسبية أثار العقود يقتضي أن المحكمة التحكيمية ملزمة من جهة بما جاء في العقد من بنود، ومن جهة أخرى لا ينبغي لها أن تلزم الغير بالانضمام إلى المحاكمة التحكيمية.

ب: منع المحكمة من الإدخال التلقائي للغير في الدعوى التحكيمية

من المبادئ الكلية في قانون المسطرة المدنية، مبدأ سيادة الخصومة[1]، ومبدأ حياد القاضي[2]، وعليه فدور القاضي إزاء الدعوى عموما يكون سلبيا على نحو ما حيث يكتفي بالاستماع إلى المرافعات والاشراف على تبادل المذكرات في إطار تجهيز القضية للبت فيها.

وباعتبار الاجراءات المتبعة في مسطرة التحكيم تختلف تماما عن إجراءات التقاضي العادية، فالأصل في التحكيم أنه لا يجوز أن يتسع نطاقه الشخصي إلى غير أطرافه، في إطار مبدأي نسبية آثار اتفاق التحكيم الذي يعد المنهاج الذي يسلكه المحكم في البت

(1) يقصد بمبدأ سيادة الخصومة في النزاع، أن هذا الأخير ملك للأطراف فهم الذين يرفعون الدعوى إلى القضاء ويرسمون معالمها ويتولون دفع إجراءاتها في كل لحظة ويملكون حق الدفاع كما أن لهم التنازل عنها، أنظر نبيل اسماعيل عمر: « الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية»، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص: 707، أشار إليه، هشام المراكشي، مقالته السابقة، ص: 77.

(2) يقصد بمبدأ حياد القاضي أن هذا الأخير يجب أن يبقى محايدا فعبء الادعاء والاثبات يقعان على الخصوم بشكل مباشر وفي الحدود التي رسمها القانون ويقع على القاضي مهمة تقدير هذا النزاع وإعطائه الوصف القانوني الذي ينطبق عليه، فليس له أن يضيف من عنده موضوع الطلب أو سببه وقائع لم يستند إليها الخصوم أو عرفت خارج نطاق الخصومة، ففي كل هذه الحالات يظل الحياد مطلقا لأن القاضي لو فعل ذلك لصار خصما وهذا لا يجوز قانونا، انظر في هذا المبدأ، نبيل اسماعيل عمر:» امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات»، المعرف الاسكندرية، سنة 1989، ص: 14 أشار إليه، هشام المراكشي، مقالته السابقة، ص: 77..

في المنازعة، وكذا لمبدأ سيادة الخصومة، لذلك لا يجوز مبدئيا أن يتم السماح للغير بالتدخل في خصومة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[1]، كما أنه لا يمكن ذلك بسبب نشأتها الاتفاقية[2]، وفي ظل غياب أي مقتضى قانوني في التشريع المغربي بخصوص جوازية التدخل وإدخال الغير في مسطرة التحكيم، نجد موقف محكمة النقض بخصوص مسألة إدخال الغير في الحكم التحكيمي يتسم بالتضارب، حيث ذهبت في أحد قراراتها إلى أنه لا تسري آثار الحكم التحكيمي إزاء الغير ولو ذيل بالصيغة التنفيذية، ما دام المشرع قد خص هذا الغير بسلوك مسطرة التعرض الغير الخارج عن الخصومة لتجريد الحكم التحكيمي من قوته الثبوتية من جهة، ومن قوته التنفيذية من جهة ثانية[3].

في حين ذهبت في قرار أخر إلى وجوب أن يرد رئيس المحكمة طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية إن امتد إلى أشخاص ليست أطراف في اتفاق التحكيم، لأن صلاحية رئيس المحكمة بصدد التذييل لا تتوقف عند مراقبة النظام العام وإنما تتعداه إلى التقيد باتفاق التحكيم ونطاق الاختصاص وأطراف التحكيم[4].

ويستخلص من ذلك أن الغير لا يمكنه أن يتدخل في المحاكمة التحكيمية وأن له فقط ممارسة الطعن بالتعرض الغير خارج عن الخصومة وفقا للقواعد العامة[5]، مالم يتفق الأطراف على إدخاله وموافقة الهيئة التحكيمية على ذلك.

وبحكم أن اتفاق التحكيم ينظم طريقة إرادية لحل النزاعات، فإن أي انضمام إلى الاجراءات التحكيمية التي تقرر المحكمة التحكيمية سيكون مخالفا للطبيعة الخاصة

---

(1) Amissi Manirabona : « La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des Groupements de sociétés », Mémoire ,Université de Montréal, 2006, p : 86.

(2) زايد اليزيد» عقود البوتBOT آلية تعاقدية حديثة رهان لتقوية التعاون الاقتصادي»، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي اسماعيل، السنة الجامعية، 2020/2021، ص: 389 وما بعدها.

(3) قرار عدد 750 بتاريخ 4/70/2007 ملف التجاري رقم 299/3/1/2006 المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي العدد 2، ص: 101.

(4) قرار عدد 294 بتاريخ 18/02/2010 ملف تجاري رقم 955/3/1/2008 المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي العدد 2، ص: 102.

(5) نظم المشرع تعرض الغير الخارج عن الخصومة في الفصول من 303 إلى 305 من قانون المسطرة المدنية.

والتعاقدية للتحكيم. وضرب من ضروب الالتفاف على مبدأ سلطان الارادة.

وأمام غياب مثل هذه المكنات تبقى آلية تمديد اتفاق التحكيم أداة لتركيز المنازعات وإجراء يمكن الغير من ولوج الخصومة التحكيمية بالرغم من عدم توقيعه على اتفاق التحكيم.

ثانيا: تحديد مفهوم الغير في التحكيم

إن السؤال الذي ستحاول الاجابة عنه هذه النقطة يتمحور حول ما إذا كان لايزال بالإمكان تصنيف الغير في إجراءات التحكيم بكونه الشخص الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم بينما تدخل في العلاقة التعاقدية المتنازع حولها بصورة ما؟

من المعلوم أن مصطلح الغير يتمتع بخصوصية كبيرة، بحيث يختلف مفهومه باختلاف مجال دراسته، وهو مصطلح قانوني غامض ودقيق بالرغم من انتشاره الواسع في مختلف فروع القانون.

والمشرع نجده كان واعيا بهاته الخصوصية لهذا نجده لم يتصدى لتحديد مفهوم الغير، باعتبار هذا الأخير له معان متعددة وقد اختلفت التعريفات الفقهية للغير[1]، وبذلك يكون الغير ذو طابع نسبي إذ أن مفهومه قد يكون واسعا أو ضيقا حسب الحالات[2].

أمام غياب تعريف تشريعي لمفهوم الغير في المساطر التحكيمية فتح الباب أمام الفقه في محاولة تحديده، فيعرفه البعض في مجال التحكيم بكونه كل شخص ليس طرفاً في الاتفاق ولا خلف عام أو خلف خاص لأحد أطرافه[3]، وقال آخرين أن الغير في إجراء

---

(1) لتوسع في مفهوم الغير انظر، محمد محروك» مفهوم الغير في العقد- التحديد والأثار»، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق اكدال، السنة الجامعية: -2014 2015.

(2) هشام المراكشي:» المساطر الكفيلة بحماية الغير في قانون المسطرة المدنية»، مجلة الارشاد القانوني، العدد المزدوج الثاني والثالث، 2018، ص: 71.

(3) - د. سميحة القليوبي: «اتفاق التحكيم» سنة 2010، متاح على الموقع Aleyarbitration.blogspot.com.

التحكيم كل شخص ذاتي أو شخص معنوي لم يوقع على الاتفاق[1]، وذكرت محكمة النقض المصرية أن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم، والغير هو من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم[2].

ومعيار التمييز بين الطرف والغير يعتمد على معيارين، الأول شكلي ومقتضاه أن من وقع الاتفاق وقام بتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة فيعد طرفاً، ويشترط هنا أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة ولا يعتد بالتعبير الضمني، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى إتباع هذا الطريق[3]، والمعيار الثاني موضوعي وفيه يعد طرفاً كل من كان ممثلاً في الاتفاق، وكل من لم يكن طرفاً في الاتفاق وفقاً للمعيارين السابقين فهو من الغير[4]، أي يقصد بالغير كل شخص لم يشارك في العملية التعاقدية سواء بشكل مباشر أو من خلال نائب.

كما يعتبر الغير وفق القواعد الاجرائية كل شخص لم يشارك في الدعوى قضائية سواء باعتباره مدعيا أو مدعا عليه أو غير متدخل في الدعوى، أو كممثل[5].

الأصل أن تنصرف آثار العقد إلى طرفيه أي إلى من إبرام العقد بإرادته ولا تمتد آثاره للغير لكنها قاعدة نسبية، حيث ميز الفقه بين الغير المطلق وأطراف أخرى للغير لم يوقعوا على العقد«Les Faux Tiers»، هذا بعد أن جعل المشرع آثار العقد تمتد لكل من الخلف العام والخلف الخاص[6].

(1) - Juan Pablo, la clause d' arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international, le 28 Décembre 2013, sur le site, www.correadelcasso.com/fr

(2) - نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 13/2/2014، متاح على موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg

(3) - نقض مدني 607 لسنة 63، جلسة 27/3/2007، متاح على موقع محكمة النقض المصرية . https://www.cc.gov.eg

(4) - محمد نور شحاتة: «دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير»، 4 مايو 2013، متاح على الموقع: www.facebook.com/permalink.php.

(5) Maeva ZWIR, op cit, p : 20.

(6) زكري ايمان: «حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية»، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص: 20

فإذا كان الغير المطلق هو كل شخص لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا لأحد طرفيه ولا دائنا اتجاه واحد منهما فلا تمتد إليه آثار العقد، فإنه توجد فئات أخرى من الغير لم يوقعوا على أي عقد ورغم ذلك تنسحب إليهم آثاره فيكونوا بحكم الأطراف المتعاقدة.

إذ أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر نقطة الانطلاق من أجل التمييز بين الغير والطرف المتعاقد، حيث إن الأطراف وحدهم الملزمون بالعقد، أي الأشخاص الذين وقعوا العقد فقط، ومع ذلك لا يجب التقيد بوقت إنشاء العقد لتحديد من هم أطرافه، فإلى جانب الأطراف المتعاقدين هناك أطراف متصلون بالعقد وهم أجانب وقت نشوء العقد إلا أنهم يتلقون بعض نتائجه الإيجابية أو السلبية، فتحديد صفة الشخص ما إذا كان طرفا في العقد أو من الغير يجب ألا يستند لوقت نشوئه فقط إنما أيضا لوقت تنفيذه[1].

وفي سياق التحكيم يمكن تصنيف الغير إلى فئتين، من جهة الغير الحقيقي أو الغير المطلق الأجنبي تماما عن التحكيم « véritable tiers », ou « tiers absolu »أي الذي لم يوقع على شرط التحكيم ولم يشارك في دعاوى تحكيمية بأي صفة، والمحكمة في هذه الحالة ليست لها أي وسيلة لفرض القوة الالزامية لاتفاق التحكيم على هذا الشخص الذي يظل غيرا بالمفهوم الدقيق.

كما نجد من جهة أخرى الغير المزيف أو الصوري «faux tiers»، الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم ولكنه لعب دورا أساسيا ومحوريا في العملية التعاقدية محل المنازعة والتي قادت الأطراف إلى تفعيل التحكيم، هذا الدور يسمح للمحكمة التحكيمية من خلال مجموعة من المؤشرات التي يتعين عليها استبيانها بالسماح بتمديد اتفاق التحكيم إلى هذا الغير.

(1) Jacques Ghestin : « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », Lexis- Nexis Juris Classeur, n° 48 Novembre 1992, P :520.

وفي إطار بحث مفهوم الغير في مؤسسة التحكيم، ندرك أن مكانته في هذه الوسيلة البديلة لفض المنازعات أضحت محل نقاش وجدال فقهي وقضائي لدرجة التشكيك الذي برز مع تمديد آثار اتفاق التحكيم إلى أطراف لم توقع عليه ماديا، فالشخص الذي كان أجنبيا عن العقد وقت توقيعه قد يصبح ملزما بآثاره وقت تنفيذه، مما يؤدي إلى انتقاله من مركز الغير إلى وضع الطرف غير الموقع، أي ينتقل من الغير الصوري أو المزيف بحيث يزيح عليه القضاء ذلك الغطاء ليتحول إلى طرف حقيقي في المنازعة التحكيمية.

وهكذا، فإن صفة الغير أو صفة الطرف إنما هي صفة متحولة، خاصة بالنسبة للأشخاص الذين لهم مصلحة مرتبطة بالعقد دون أن يكونوا قد وقعوا عليه، حيث يظهر هنا الغير ذي المصلحة مظهر الطرف رغم أنه غير موقع على العقد، ويمكننا أن نقول أن وقت تنفيذ العقد هو الذي يحدد صفة الطرف الملتزم بالعقد وصفة الغير المطالب باحترام الوضعية القانونية الناشئة عنه دون أن يكون طرفا في الاتفاق الذي لم ينشئ بإرادته.

ولابد من الاشارة في هذا الصدد، أن هناك مستجدات على مستوى الممارسة في تدبير العقود والمنازعات، هذه المستجدات على مستوى التحكيم لم تجد لها أرضية أو إجابات قانونية في ظل نظام العقد والاتفاق المؤطر في القانون المدني، صحيح أن هذا الأخير ومساطره، قدما لنا آليات قانونية لتدبير المنازعات الناجمة عن العقود، لكن التحكيم كممارسة تجاوز ما هو مؤسس في قانون الالتزامات والعقود وخاصة نظرية نسبية آثار العقود، وبالتالي ووضعنا أمام منعطف جديد عوانه البارز» البحث عن آليات أو مبررات أو مسوغات فكرية ونظرية وتأصيلية للإجابة عن هذا المستجد»، وهو ما سيتضح من خلال ما سيأتي بعده.

ثالثا: حالات تمديد اتفاق التحكيم للغير

إذا كانت القواعد القانونية العامة ترجح التوازن العقدي بين الأطراف وذلك استجابة

لامتدادات «قدسية» وسمو مبدأ سلطان الارادة، فإن القواعد التجارية جاءت لترجح البعد الاقتصادي على البعد العقدي، لذلك نجدها تهبّ لتقوية عنصري السرعة والثقة بين المراكز القانونية للفاعلين الاقتصاديين.

هكذا ومن أجل تحقيق فعالية للتحكيم تلجأ المحاكم التحكيمية إلى آليات عملياتية بهدف تنفيذ اتفاق التحكيم ولو على حساب الأغيار. هذه المحاباة لمؤسسة التحكيم يمكن تلمسها في جميع الاعمال القضائية التي طورتها المحاكم الفرنسية على مدى الخمسين عاما الماضية مما جعل من باريس مكانا خصبا في قضايا التحكيم الدولي. وعلى النقيض من ذلك، تعارض بريطانيا مبدأ التمديد المرن لاتفاق التحكيم وتحد من الآليات التي تسمح بذلك[1].

وتفيد قاعدة تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير، أن المحكم كقاضي الخصومة التحكيمية يقوم بتعديل نطاق اتفاق التحكيم بما له من سلطة تقديرية، بحيث يعتمد على آليات ومؤشرات معينة لتقرير أن آثار اتفاق التحكيم تتجاوز نطاق الأطراف الموقعة، إلى الغير غير الموقع على هذا الاتفاق.

إن الآلية التي تسمح بتمديد اتفاق التحكيم للغير يمكن أن ترتكز إما على الاعتبار الشخصي، بمعنى إلى أشخاص غير الأطراف الموقعة أصليا في إطار ما يسمى بمجموعات الشركات(أ)،أو على الاعتبار الموضوعي، أي التمديد إلى عقود أخرى غير تلك التي تضمنت شرط التحكيم وقت إبرامها (ب)[2].

(1) Maeva ZWIRN : « Etude des voies de recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais », Mémoire, Université Paris Sud Master 2 Juriste d'affaires franco- anglais 2013- 2014, p : 11.

(2) - ومن أجل حماية المركز القانوني للغير باعتبار أن قاعدة التمديد أمر جلل بالنسبة للغير «المزيف أو الصوري»، لأنه من ناحية يرى نفسه ملزما بطريقة لحل نزاع لم يوافق عليها بمحض إرادته الصريحة، ومن ناحية أخرى أنه قد يصدر الحكم التحكيمي في مواجهته، له سبل متاحة للدفاع عن مركزه القانوني عبر آلية الطعن في قرار التمديد نفسه أو أي نقطة أخرى تتعلق بتنفيذ عقد التحكيم. أنظر في هذا السياق.
Maeva ZWIRN, op cit.

أ: التمديد في مجموعة الشركات

نكون أمام مجموعة الشركات كلما كان هناك عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداها وتسمى بالشركة المسيطرة أو الأم، وتسمى الشركات الخاضعة، بالشركات التابعة، وتتميز مجموعة الشركات بأنها تخضع لقرار اقتصادي واحد وفي نفس الوقت تتمتع كل شركة بالمجموعة باستقلال قانوني عن باقي شركات المجموعة، ووفقا لقاعدة الاستقلالية هذه، فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي الشركات، بحكم أن اتفاق التحكيم غير ملزم في الأصل للغير وفقا للقاعدة الكلية[1].

في ظل الحقائق الاقتصادية الجديدة كيف لهذه المسلمة القانونية العريقة أن تصمد أمام هذه المتغيرات، والدينامية التشريعية المؤطرة لميدان المال والأعمال؟

المسألة خلافية بحيث ذهب جانب من الفقه إلى عدم سريان اتفاق التحكيم لباقي شركات المجموعة استنادا إلى مبدأ سلطان الارادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى[2]، بينما ذهب الاتجاه الغالب إلى امتداد الاتفاق إلى الغير.

هكذا، ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى سريان الاتفاق في مواجهة باقي الشركات واستندت في ذلك إلى الارادة المشتركة لهذه الشركات في الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداهما ولو لم يقم بعضها بالتوقيع، وأضافت أن شرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المحتوي على الشرط وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد على نحو يفرض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولو لم توقع على العقد الذي يتضمنه، وهو نفس الاتجاه الذي سار ت عليه هيئة

(1) - الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن: «الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون.»
(2) سميحة القيلوبي: « اتفاق التحكيم» سنة 2010 متاح على الموقع الالكتروني التالي: Aleyarbitration.blogspot.com.

التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي إذ قضت بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشاريع المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقد يتضمن شرط التحكيم، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد هذه العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه و إنهائه[1].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن امتداد شرط التحكيم إلى باقي الشركات المشتركة في نشاط اقتصادي واحد يقتضي وجود وقائع تتعلق بمركزهم ونشاطهم المشترك مما يفترض حتما علمهم بوجود الشرط ونطاقه، وهذه الوقائع تخضع لتقدير القاضي[2].

وعلى خلاف ذلك قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة بالحكم ببطلان الحكم التحكيمي الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وبإلزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه، وذلك على أساس أنه تجمعهما وحدة اقتصادية، واستند القرار القاضي بالبطلان إلى أن الشركة الأولى ليست طرفا في النزاع ولم تتفق على اختيار التحكيم كطريق للتقاضي مما يبطل الحكم ضدها بطلانا متعلقا بالنظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[3].

وهو نفس التوجه الذي تم تأكيده في الأمر الرئاسي الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء[4] الذي رفض تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية في جزئه المتعلق بتمديد شرط التحكيم لشركة اينا هولدينغ ، حيث أسس قضاءه على كون هذا التمديد فيه مساس بالنظام العام المغربي، وبالتالي يعد إجراءا باطلا مستوجب لرد الطلب في مواجهتها.

(1) القضية التحكيمية رقم 109 لسنة 1998 ، مركز القاهرة التحكيمي، جلسة 11/3/1999 ، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ص: 224.
(2) Maeva ZWIRN, op cit, p:18.
(3) استئناف القاهرة، دائرة تجارية، جلسة 5/8/2000، أشار اليه محمد أنور شحاتة، مرجع سابق، ص: 160.
(4) أمر عدد 3921 بتاريخ 28/12/ في الملف عدد 2426/1/2011 ، منشور بمجلة القانون والأعمال، عدد خاص بالتحكيم الجزء الأول، ص: 215.

وقد تم الطعن بالاستئناف في مواجهة هذا الأمر أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 29/05/2013 فتح له أمامها الملف عدد 2669/8224/2013، وبعد تمام الاجراءات والردود بين الأطراف قضت المحكمة بموجب قرارها عدد 220 الصادر بتاريخ 15/01/2015، بإلغاء الأمر المستأنف فيما قضى به من رفض الطلب في مواجهة شركة اينا هولدينغ والحكم من جديد بتخويل الاعتراف والصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي في مواجهة شركة اينا هولدينغ.

وحيث تمسك الطرف المستأنف عليه بمجموعة من الدفوع نعرض لما يتماشى ونقطة البحث.

ولعل أهمها «كون التمديد وانسحاب شرط التمديد إلى شخص لم يوقع عليه ولم يرضاه يعد مخالفة للنظام العام، وأن شركة اينا هولدينغ رفضت، منذ بداية التعاقد بين أطراف النزاع...»

وحيث ردت المحكمة عن ذلك بالقول:»

حيث حقا، ولئن كان قانون المسطرة المدنية المغربي في الشق المتعلق بالتحكيم الدولي لم يشترط صراحة ورود شرط التحكيم كتابة، خلافا لما هو الحال في التحكيم الداخلي الذي نص بخصوصه الفصل 313 على أن عقد التحكيم وجب أن يرد كتابة، دون تحديد لشكل معين لتلك الكتابة ، فان اتفاقية نيويورك المصادق عليها من طرف المغرب و التي يخضع لها التحكيم الدولي، الى جانب القواعد الواردة في قانون المسطرة المدنية وفق التعديل المدخل عليه بمقتضى القانون 05-08، قد نصت في مادتها الثانية على ضرورة وجود شرط التحكيم كتابة ، بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه هذا الشرط و المحرر الذي يرد فيه؛

و حيث إنه لا نزاع في كون شرط التحكيم في النازلة ورد فعلا كتابة بدليل الفصل 34 من العقد الرابط بين المستأنفتين و شركة اينا اسمنت، إلا أن النزاع لا يتمحور حول وجود شرط التحكيم كتابة من عدمه و إنما حول مدى امكانية تمديد شرط التحكيم إلى طرف لم يوقع عليه، خاصة أن مبدأ نسبية العقود يقتضي ألا تلزم اتفاقية التحكيم إلا من كان طرفا فيها، فهي لا تضر و لا تنفع الاغيار تطبيقا للمبدأ العام المجسد في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود ...

... و حيث إن القول بكون شركة اينا هولدينغ رفضت، منذ بداية التعاقد بين أطراف النزاع، صراحة التدخل في العقد بمقتضى كتابها الموجه بتاريخ 23 فبراير 2010 و أن هذا الرفض يكفي لعدم اقحامها في المسطرة التحكيمية وعدم مواجهتها بشرط التحكيم الوارد في العقد يبقى قولا مردودا للتعليل الذي سبق للمحكمة أن أكدته بكون استنباط امتداد شرط التحكيم للشخص غير الموقع عليه ينبني على مدى تورطه في المفاوضات المتعلقة بالعقد أو ابرامه أو تنفيذه و لا يعتد بما عبر عنه من رفض صريح لانضمامه للعقد

مما وجب معه استبعاد ما تمسك به الطرف المستأنف عليه في هذا الشأن.

وحيث إن رقابة قاضي الاستئناف في شأن اختصاص المحكمين بتمديد أثر اتفاق التحكيم للغير الذي لم يوقع عليه تنسحب الى جميع المسائل المتصلة بالواقع أو القانون أو الاطراف والتي بناء عليها قررت المحكمة التحكيمية القضاء باختصاصها و تمديد شرط التحكيم؛

وحيث إن المحكمة التحكيمية استندت في معرض تمديدها لشرط التحكيم لشركة اينا هولدينغ الى الظروف المحيطة بإبرام و تنفيذ و فسخ العقد المتنازع بشأنه آخذة بعين الاعتبار العقد و ظروفه كوحدة اقتصادية متكاملة لتنتهي الى خلاصة أن شرط التحكيم يلزم أيضا شركة اينا هولدينغ من خلال الدور الذي لعبته في العقد بحيث ظهرت كطرف

فعلي بل رئيسي فيه و تبقى إذن معنية بالدرجة الاولى به و بالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنه، محتكمة في ذلك إلى نظرية الظاهر التي تشكل في القانون السويسري تطبيقا لمبدأ حظر التعسف في استعمال الحق.»[1] «.

والبين أن المحكمة التحكيمية الدولية ومعها محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء أسستا قضاءهما على نظرية الظاهر التي تعد من أهم النظريات التي تقوم عليها فكرة حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركات التجارية[2].

ذلك أنه، بالرغم من أن شركة اينا اسمنت هي من أصدرت المناقصة الدولية من أجل بناء مصنع الإسمنت في منطقة كيسر و رغم كونها هي من وقعت و بصفة منفردة على العقد المؤرخ في 24 يوليوز 2008، إلا أن أهم القرارات المتخذة سواء المتعلقة بالمشروع في حد ذاته وكذا طلبات تأمين المشروع وكذلك في الجانب التمويلي للمشروع تمت من قبل شركة اينا هولدينغ حيث ظهرت بمظهر المساند، مما يبين فعلا أن هذه الأخيرة لعبت دورا مهما في العقد باعتباره يشكل وحدة اقتصادية مما برر تمديد شرط التحكيم في حقها استنادا إلى الوضع الظاهر.

وبالتالي تظهر أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات ودعما للثقة في الوسط التجاري، إذ استند القضاء على نظرية الظاهر في تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير، مما جعل من الوضع الظاهر الأساس الوحيد دون اشتراط توقيع من الغير.

---

(1) - نفس الأمر نحته محكمة النقض المصرية والذي جاء في قرارها»...مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا على التزام هذه الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم، مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إرادتهما مع إرادة الشركة الأخرى»، نقض تجاري، 22 يونيو 2004 أشار ت إليه ،مها عبد الرحمان الخواجا:» امتداد آثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني»، جامعة الشرق الأوسط رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، السنة الجامعية -2012 2013 ، ص: 97.

(2) زكري ايمان: «حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية»، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان كلية الحقوق والعلوم الساسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص: 7

ب: تمديد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود

تتصل هذه الفرضية بالمبدأ محل الدراسة – مبدأ امتداد أثر اتفاق التحكيم- وذلك من حيث الموضوع، فإذا كان ما تعرضنا له فيما سبق من امتداد هذه الآثار من حيث الأشخاص، أي إلى أشخاص غير موقعة على اتفاق التحكيم، فإن فكرة المجموعة العقدية تتعلق بمدى سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود، على عقود أخرى- وليس أشخاص- بين ذات الأطراف الموقعة على العقد المتضمن للاتفاق المذكور[1].

من أجل الاحاطة بهذه الحالة يقتضي الأمر التمييز بين ثلاث فرضيات:

الفرضية الأولى: عندما يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم دون سائر العقود

وتسمى هذه الصورة كذلك بالامتداد الرأسي حيث يتم من خلالها مد شرط التحكيم من العقد الأصلي إلى باقي العقود التبيعة التي لا تتضمن هذا الشرط[2]، والملاحظ أن هذه الحالة لا تثير أية صعوبة، فإرادة الأطراف صريحة في إخضاع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم، وذلك بسريان آثر اتفاق التحكيم من العقد الأصلي على بقية العقود التالية له والتي ساهمت في تنفيذه، عملا بمبدأ تبعية الفرع للأصل[3].

وما ينبغي التنبيه إليه في هذا الصدد، أنه قد يحدث أن يتجدد العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم، ودون الاتفاق على تجديد الاتفاق على هذا الشرط أو الاشارة إليه، فهل يجوز التمسك به إذا ما قام نزاع بشأن تنفيذ العقد الجديد؟

---

(1) بلباقي بومدين:» المركز القانوني للغير في اتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي»، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 2 العدد الأول، 2020، ص: 129.
(2) ابراهيم أحمد:» تطبيقات عملية لقضايا التحكيم»، مجلة التحكيم العربي، العدد 3، 2000، ص: 140.
(3) حفيظة السيد الحداد: «الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص: 61 وما بعدها.

يبدوا أن المسألة لم تكن محل توافق بين ما ذهب إليه الفقه، وما سلكته بعض الاتجاهات القضائية، فقد أجازت العديد من أحكام القضاء للطرف ذي المصلحة التمسك بشرط التحكيم الذي ورد في العقد القديم، وذلك بشأن النزاع الناشئ عن العقد الجديد، استنادا إلى الإرادة الضمنية المستفادة من تواتر العمل بين الأطراف، ما لم يتبين من الظروف أن إرادتهم لم تنصرف على ارتضاء التحكيم في العقد الجديد، وهو ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف بباريس في قرارها بتاريخ 14/02/ 1970[1].

وعلى العكس من اتجاه القضاء، يذهب غالبية فقه التحكيم التجاري الدولي، إلى عدم إجازة استمرارية نفاذ شرط التحكيم الوارد في العقد السابق إلى العقد الجديد، إلا إذا تم التأكد وبما لا يدع مجالا للشك أن إرادة الطرفين ارتضت فعلا استمرار هذا الشرط في العقد الجديد، فلا يكفي الاستناد على تواتر العمل به بين الطرفين لتفسير إرادتهما الضمنية[2].

ونعتقد أن هذا الاتجاه الأخير الذي لا يجيز استمرارية شرط التحكيم الذي كان واردا في العقد الذي اندثر، لكون أن القاعدة العامة التي تحكم مؤسسة التحكيم هي الرضائية وأن شرط التحكيم فيه تنازل عن حق التقاضي الرسمي الذي تخوله الدساتير[3].

الفرضية الثانية: أن تتضمن كل العقود شرط تحكيم مستقل

على غرار الفرضية الأولى لا تثير هذه الفرضية هي الأخرى أية صعوبة بحكم أن كل عقد من العقود المساهمة في تنفيذ العملية التعاقدية يتضمن شرطا تحكيميا، إلا أن الإشكال قد يدق من جهة تكرار الأطراف نفس الشرط التحكيمي حرفيا في هذه العقود، حيث تثور مسألة ما إذا كان يتعين اختيار هيئة تحكيم واحدة، من أجل الفصل في المنازعة

(1) أنظر بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص:131.
(2) فتحي اسماعيل والي: «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص: 100.
(3) - ينص الفصل 118 من الدستور المغربي في فقرته الأولى على ما يلي:» حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون...».

المحتمل نشوئها عن هذه العقود، أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم متعددة بتعدد هذه العقود، بحيث تستقل كل هيئة بنظر النزاع الناشئ عن كل عقد على حدة؟

الأكيد أن الحل يتوقف بخصوص هذه المسألة على تفسير إرادة الأطراف الأصلية، فإذا لم يوجد اتفاق صريح في ذلك، فإن القاعدة العامة تقتضي بأنه في حالة تكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع العقود، فإن ذلك يعني انصراف إرادتهم إلى إخضاع جميع المنازعات المتصلة بهذه العلاقات التعاقدية إلى ذات المحكمة التحكيمية([1])، وذلك بهدف تحقيق العدالة السريعة بين المتنازعين خاصة في عقود التجارة الدولية وكذا لتفادي اصدار أحكام تحكيمية متناقضة في نفس المنازعة.

<u>الفرضية الثالثة: أن يخلو العقد الأصلي من شرط التحكيم مع وروده في أحد العقود التابعة</u>

انقسم الفقه في شأن هذه الفرضية إلى فريقين[2] فريق يمنع امتداد نطاق شرط التحكيم، وفريق يجيزه:

فبالنسبة لأنصار الاتجاه المانع من هذا الامتداد[3]، فقد استدلوا بالنصوص القانونية التي توجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، بمعنى أن شرط التحكيم لا يلزم إلاّ من وقع عليه كتابة، ومن جهة أخرى فإن العقد الأصلي هو الأساس الذي ينبع منه باقي العقود الأخرى المنفذة له، وبالتالي تشترك معه في ذات الهدف التجاري الذي أبرمت جميع هذه العقود من أجله[4].

(1) للتوسع انظر حفيظة السيد الحداد: «الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص: 161.

(2) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ،-2005 2007ص: 211 وما بعدها

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع» شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي»، دار الجامعة الجديدة، 2014 ، ص 469.

(4) سميحة القليوبي :»الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون 21لسنة 1994 «، دار النهضة العربية ،2012، ص:17.

وأما أنصار الفريق الذي يجيز امتداد الشرط المذكور، من العقد اللاحق إلى العقد الأصلي وحتى إلى العقود اللاحقة الأخرى، فإنهم رغم اتفاقهم حول الجواز إلاّ أنهم اختلفوا في أساسه، فاتجه البعض إلى أنه يتعين تفسير إرادة الأطراف حسب كل حالة على حدة، للوقوف إلى ما انصرفت إليه نيتهم الحقيقية من شرط التحكيم، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه يلزم لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة من العقود تحقق شرط واحد وهو أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ العملية التجارية، أي أنهم يشترطون في تنفيذ ذلك أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة، حتى يمكن القول بوجود هدف مشترك يتمثل في تنفيذ عملية تجارية واحدة، أما إذا لم يكن هناك تجانس بين هذه العقود، فلا محل لمد شرط التحكيم، إلّا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط[1].

ولعل هذا الرأي الأخير المؤسس على العلم[2] يبدو في تقديرنا على قدر كبير من التوافق مع طبيعة التحكيم كوسيلة رضائية قائمة على أساس من اتفاق الأطراف، وعليه فإن أي قول بامتداد لشرط التحكيم دونما اعتبار لإرادة الأطراف، هو قول يتنافى بلا ريب مع طبيعة نظام التحكيم، وكون التمديد اللاإرادي يظل استثناء عن نسبية الاتفاق.

وغني عن البيان في هذا الصدد أنه وعلى عكس الكفيل الذي يظل التزامه تبعيا فإن المدين المتضامن في الالتزامات التجارية لا يمكنه التمسك بقاعدة نسبية آثار العقود، بل يكون ملزما بصفة شخصية ومستقلة عن التزام المدين الخاضع لمسطرة التحكيم نظرا للمصلحة المشتركة بينهما وتطبيقا لفكرة النيابة التبادلية[3] المتولدة عن افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية[4].

إن نهج مقاربة التمديد هذه أدى حتما إلى الاهتزاز والتشكيك في مفهوم الغير، بحيث

---

(1) أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص : 248.
(2) بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص: 131.
(3) - La représentation mutuelle.
(4) تنص المادة 335 من مدونة التجارة على أنه « يفترض التضامن في الالتزامات التجارية»، للإحاطة أكثر بهذا الموضوع انظر أطروحتنا حول موضوع، «التضامن في المادة التجارية»، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2020/2021.

عرف الغير المزيف» faux tiers « بكونه الشخص الأجنبي عن اتفاق التحكيم، أي أنه ليس بموقع ولكنه طرف في الدعوى التحكيمية بعد تمديدها له في مرحلة التنفيذ أي أثناء قيام المنازعة، وبالتالي يكون الغير المزيف معنيا بشكل مباشر بالحكم التحكيمي، وبالتالي يحدث أن يشمل شرط التحكيم أشخاصًا آخرين غير أطراف العقد الذي تضمنه حتى لو لم يوقعوا على ذلك بشكل رسمي ومادي.

المحور الثاني: نظرية التمديد تعكس التمرد على القواعد التشريعية الثابتة

يعد ميدان المال والأعمال أحد أهم المجالات التي تعرف تطورا تشريعيا مستمرا ودائما، بحيث تظهر بين الفينة والأخرى مؤسسات قانونية جديدة تستجيب لحاجيات التجار وتستشرف لاقتصاد متطور، كما أن هذا الفرع يعد من أكثر القوانين انفتاحا على تجارب الغير، وهو ما يفسر نزوعه نحو التوحيد والتدويل[1].

لذا فإن إخضا ع المعاملات التجارية لقواعد خاصة مختلفة عن القواعد المطبقة على المعاملات المدنية يستند إلى العديد من الاعتبارات، أهمها ارتباط المادة التجارية بالحياة الاقتصادية المتطورة باستمرار، ولهذا فإن متطلبات التجارة تفرض على القاضي تجاوز القواعد القانونية المدنية التي تؤسس لقواعد معطلة للمعاملة التجارية وخلق قواعد أكثر دينامية[2].

ولعل وظيفة القضاء أسبق في الوجود تاريخيا عن فكرة قواعد القانون، سواء تعلق الأمر بالقواعد العرفية أو التشريعية[3]، ذلك أن خلق القاعدة القانونية تعد جزءا لا يتجزأ من وظيفة القضاء، ولعل أهم تطبيقات هذا الدور تجد سندها في العديد من المجالات القانونية

(1) محمد الأطرش: «مبادئ القانون التجاري المغربي: الأعمال التجارية، التاجر، الأصل التجاري»، مكتبة المعرفة- مراكش، الطبعة الأولى، 2016 ، ص: 25

(2) Anne –Laury LEQUIEN: « La solidarité en matière fiscale », Mémoire réalisé en vue de l'obtention de la 2ème année du Master recherche option droit des affaires, Université de Lille II – Droit et santé Ecole doctorale n°74 .Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales Année universitaire, 2003- 2004, p: 43

(3) محمد عبد النباوي : تعميم الاجتهاد القضائي : مساهمة في خدمة العدالة ، مداخلة باللقاء الثقافي الذي حظي بتنظيم مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي بمناسبة صدور عددها الأول ، يوم 24 دجنبر 2010.

يأتي في مقدمتها وارتباطا بالموضوع مرجعية قانون التحكيم الفرنسي الذي كان الفضل في وضع قواعده العظيمة لاجتهاد المحاكم الفرنسية لاسيما اجتهاد محكمة النقض ومحكمة الاستئناف بباريس نظرا لدورها البارز الذي لعبته بخصوص هذه المسألة[1].

لقد انتبه القضاء التحكيمي والدولاتي إلى أن حسن ضمان العلاقات القانونية المتولدة عن الالتزامات التجارية لا يمكن تحققه إلا من خلال تجاوز المقتضيات التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين، عبر تقوية البعد الحمائي للقانون عوض العمل بتلك القواعد العتيقة المنظمة في القانون المدني التي ظلت بمعزل عن أي التفاتة تشريعية، وفق متطلبات التحول البنيوي الذي دشنه المشرع بخصوص المفهوم الجديد للمقاولة[2].

وأمام بروز هذه النظرية القضائية، كثيرة هي المبادئ القانونية التي ساهم الوضع الجديد للتحكيم الدولي في قلبها أحيانا «رأسا على عقب»[3]، وهو ما سنقف حوله سواء من داخل قانون الالتزامات والعقود(الأول)، أو من خارجه(الثاني).

أولا: مظاهر المساس بالثوابت القانونية من داخل قانون الالتزامات والعقود

سنبرز هذا التحول من خلال المؤسسات التالية:

أ: توسيع مفهوم حجية اتفاقيات التحكيم

إن مبدأ نسبية العقود الوارد في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود يفيد أن الأغيار لا يصبحون دائنين أو مدينين بموجب عقد لم يكونوا أطرافا فيه، لكن هذا لا يعني أن هذا العقد لا يمكن أن تكون له تداعيات عليهم.

(1) - - Emmanuel Gaillard : La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international , Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassatio le mars 2007 , p : 1.

(2) عبد الرحيم شميعة: «آليات تدخل المساهم غير المسير في تدبير شركة المساهمة: نحو حكامة جيدة»، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق (القانون الخاص)، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، الموسم الجامعي: 2010- 2011، ص: 8.

(3) مصطفى تراري:» ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي، في التجارة عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص»، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 4، 2009، ص: 30.

ولعل مبدأ نسبية أثر العقود المذكور يقضي بعدم انصراف اثار العقد لغير عاقديه، ويعني ذلك ألا يستفيد الغير أو يتضرر من علاقة عقدية يعتبر في الأساس بالنسبة إليها أجنبيا إلا إذا تم تقرير ذلك قانونا، لكن وإذا ما أخذنا هذا المبدأ على إطلاقه، فإن ذلك سوف يخلق نوعا من الالتباس بين مبدأ النسبية ومبدأ الحجية في العقود، الشيء الذي يفرض ضرورة تمييز كل من المفهومين من خلال توضيح المقصود بالآثار المباشرة للعقد و الآثار غير المباشرة[1].

في الحقيقة ينشئ العقد وضعا قانونيا لا يمكن للأغيار تجاهله حتى ولو لم يكونوا ملتزمين به شخصيا، لذا يجب التمييز بين الأثر الملزم للعقد الذي يقتصر على الأطراف، والوضع القانوني الناشئ عن العقد والقابل للاحتجاج به إزاء الأغيار.

إذ يفيد مفهوم الاحتجاج قابلية تمديد آثار العقد إلى الأغيار، من خلال إخضاع هؤلاء للالتزامات الناشئة عن هذا التصرف القانوني، عبر اجبارهم بالاعتراف بوجود هاته الالتزامات وبقوتها القانونية.

إن الوضع القانوني المتولد عن العقد له تأثير متبادل، بحيث لا يكون قابلا للاحتجاج به إزاء الأغيار من قبل الأطراف فقط بل أيضا قابل للاحتجاج به في مواجهة الأطراف من قبل هؤلاء الأغيار[2].

ويترتب عن هذا الوضع التأكيد على أن اتفاق التحكيم ملزم للغير، إذ يصبح هذا الأخير تلقائيا «طرفا»، في اتفاق التحكيم دون أي توقيع منه كلما تبث في حقه إتيانه بعض التصرفات التي تبرر رفع الحجاب عنه بهدف حماية الأطراف المتعاقدة.

---

(1) محمد بن أحمد بونبات: «النسبية والحجية في العقود»، مجلة الأملاك، العدد، العدد 9، 2011، ص: 128.

(2) للتوسع أكثر أنظر:

.Maeva ZWIRN, op cit p :11

هكذا، فإن بعض اتفاقيات التحكيم تصبح ملزمة للأغيار، بمعنى أن المحكمة التحكيمية تقرر تمديد الاتفاق إلى الغير الذي يصبح ملزما ليس فقط باتباع إجراءات فض المنازعات التي يشاركون فيها بل أيضا بالحكم التحكيمي الذي يصدر في المنازعة، مما يعني إعادة النظر في الآثار النسبي لاتفاق التحكيم إزاء الأغيار.

ب : المساس بمبدأ نسبية آثار العقد

بعد أن بلغ مبدأ الحرية التعاقدية أوج مجده، بدأت أغلب الدول في اتجاه التدخل والحد من حرية المتعاقدين واتخذ هذا التدخل صورة حادة في الدول ذات النظم الاقتصادية الموجهة، فلم تصبح العقود قائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وإنما تدخل التشريع ومعه القضاء في العقود[1]، وخاصة التجارية منها من أجل حماية المراكز القانونية المتعارضة في إطار السعي لتحقيق العدالة.

إن الفاعلية المتمثلة في ضمان استمرارية العلاقات القانونية التجارية، أملت على قضاء التحكيم تجاوز آثار العقد بمنظوره المدني، وإقرار تصور قانوني جديد يضمن من خلاله للأطراف ومن خلالهم للمقاولة الدائنة كوحدة اقتصادية وإنتاجية، شروط استمرارية توهج نشاطها الإقتصادي عبر الإنتقال من مبدأ نسبة العقد إلى مبدأ تمديد آثاره.

وتندرج مؤسسة التمديد في هذا التوجه التدخلي القضائي عبر إقرار قواعد تحد من مبدأ سلطان الإرادة وتقلص من مداه ومن تم تقوم بالتضييق على مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك ما توحي به القراءة المتأنية للأحكام التحكيمية- التي استطعنا الاطلاع عليها - ، وبالتالي يحتل مبدأ سلطان القاضي موقعا هاما في هذه المؤسسة المتفردة.

(1) عبد الحميد الشواربي : «الالتزامات والعقود التجارية وفقا للقانون التجاري رقم 18 لسنة 1999، الفقه، القضاء، التشريع، مع صيغ العقود والدعاوى التجارية «، الجزء الأول، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001 ص: -6 7.

ورغم أن جميع التشريعات تعترف بالعقود كأداة أساسية في التعامل، ومصدرا رئيسيا لإنشاء الحقوق والالتزامات، والتي يهيمن عليها مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي يقتصر دور القاضي على تطبيق ما اتجهت اليه إرادة المتعاقدين طبقا «لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين»، إلا أنه تحت تأثير التطورات الاقتصادية التي عرفتها الحياة الاقتصادية ظهر فكر قانوني يسعى لجعل القانون أداة اقتصادية.

ثانيا: مظاهر المساس بالثوابت القانونية من خارج قانون الالتزامات والعقود

تتجلى مظاهر التحول من خلال عدة محطات لعل أهمها تحوير دور القضاء، وكذا الالتفاف على مبدأ الشخصية القانونية للشركة.

أ: قاعدة التمديد تعكس تحوير دور القضاء

يعيش الاقتصاد في تحول وتطور دائمين يجعله في غالب الأحيان يسبق القانون، هذا الأخير الذي يتدخل بغية اللحاق بمستجدات الواقع الاقتصادي وتنظيم تقلباته المتواترة[1]، لذا فإن الدينامية الاقتصادية غالبا ما تشكل سببا رئيسيا لانبثاق القاعدة القانونية كإطار منظم لها[2]، ومن هنا تنشأ العلاقة الجدلية بين الاقتصاد والقانون[3].

لهذا، فإن نظرية التمديد تشكل، محطة مفصلية في النظام القانوني القائم على جعل القاضي محايد في المنازعة التي تظل خاصة بأطراف الخصومة، وبالتالي تكون قد أدخلت قضاء التحكيم وكذا القضاء الرسمي محطة تاريخية غاية في الدقة والجدة.

---

(1) عبد المجيد غميجة: «دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد، المقاولة والسياسة الجنائية»، أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر 2014 تحت عنوان» السياسة الجنائية بالمغرب: واقع وأفاق»، المجلد الثاني جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسة، ع 4، 2005، مطبعة فضالة بالمحمدية ط الأولى، ص: 145.

(2) - Mohamed IDRISSI ALAMI MACHICHI: « Régulation de l'économie par le droit », Revue marocaine de droit et d'économie du développement, n°52 2006, p: 10.

(3) محمد الحاجي: «تقليص الفوارق بين المساهم والدائن في شركات المساهمة»، مجلة الإرشاد القانوني، عدد مزدوج الثاني والثالث 2018، ص: 42.

إن الاعتراف للمحكمة التحكيمية بحق إلزام أطراف غير ملتزمة بإرادتها بموجب اتفاق التحكيم يكسر القاعدة الثابتة القائمة على أن القضاء لا يقضي إلا في حدود الطلبات[1]، ويعكس من ثمة هذا التوجه هيمنة هاجس تعزيز الثقة في المعاملات التجارية وبروز المفهوم الجديد للقضاء الذي يسعى إلى تحقيق نوع من التوزان بين المراكز القانونية وحماية المصلحة الاقتصادية العامة للدولة.

ويعتبر إدخال المحكمة لأشخاص غير الموقعة على اتفاق التحكيم في الدعوى التحكيمية صورة صادقة عن تحوير دور القضاء من قضاء المنازعة إلى قضاء المبادرة، وبالتالي فإن آلية التمديد هذه تبرز بالملموس أن القضاء لم يعد سلطة محايدة في العلاقة الدائنية القائمة على الانضباط للقيم القانونية التقليدية الهادفة إلى حماية الالتزامات بين المدين ودائنيه، بل أضحى سلطة تدخلية تتمظهر من خلال فرض التزامات قانونية على أشخاص لم يعبروا بحرية عن الالتزام بها.

ونعتقد أن التوجه القضائي في هذا الخصوص، يهدف من جهة إلى حماية العلاقات البينية المباشرة وإلى تعزيز عنصري السرعة والثقة في المجال التجاري، باعتبار أن المصداقية والثقة التجارية تعد الثروة الحقيقية للتجار أيا كانوا أشخاص ذاتيين أو اعتباريين[2] وأن أي إخلال بذلك ستكون له عواقب وخيمة على الدورة الاقتصادية؛ على اعتبار أن العلاقات التجارية متداخلة ومتشابكة، ومن جهة أخرى يسهم في ربح الزمن القضائي عبر متابعة كل من ساهم «تورط» في العملية الاقتصادية عوض متابعة المتعاقد المباشر، مع ما يترتب عن ذلك من ضياع للحقوق، فهي إذن مكنة قضائية تسهم في توسيع وعاء أطراف الخصومة، وبالتالي تسمح باستخلاص الحقوق بسرعة أكبر.

(1) جاء الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على أنه «يتعين على القاضي أن يبت في حدود الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبيات».
(2) حلت عبارة « الشخص الاعتباري» محل عبارة « الشخص المعنوي» بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 89.17 المعدل ل م ت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.110 بتاريخ في 2 جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019)؛ ج ر ع 6745 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1440 (21 يناير 2019)، ص: 142.

يأتي كل ذلك في سياق عام أضحى يحكم ميدان المال والأعمال، متسم بالتدخل في العلاقات القانونية التجارية باعتبارها أساس النظام الاقتصادي للدولة، وهو ما أدى إلى تحوير الدور الكلاسيكي للقضاء والانتقال به من طابعه المحايد المعترف له بالمسافة الضرورية بين أطراف النزاع، إلى اعتباره قضاء موجها وقضاء تدخليا في إطار ما يصطلح عليه بتغليب الطابع القضائي القائم على واجب الاحتكام إلى المصلحة العامة.

ب: المساس بالشخصية القانونية المستلقة للشركة

خلافا لما كان عليه الوضع في المغرب، حيث كان موقف القانون المغربي غير واضح في منح الشركات التجارية الشخصية الاعتبارية، ذلك أنها كانت تستشف من الصياغة العامة للنصوص، سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في النصوص المنظمة للشركات التجارية، أو في القانون التجاري، أما الآن ومع التعديلات التي عرفتها الأحكام المنظمة للشركات التجارية أصبحت هذه الاشكالية متجاوزة بحكم أن مقتضيات المادة 2 من قانون 5.96 والمادة 7 من القانون 17.95 جاءتا صريحتين في الاعتراف للشركات بالشخصية الاعتبارية فور تقيد بالسجل التجاري.

الأمر الذي يرفع عنها صفة الخيال القانوني، ويؤهلها إلى التمتع بحقوق تميزها عن تلك الممنوحة للأعضاء الذين يكونونها[1]، فتصبح كيانا مستقلا عنهم، مما يجعل المصلحة الجماعية مرتبطة بمصلحة الشركة[2].

إذن، فالشركة كشخص اعتباري كائن قانوني ابتكره العمل التجاري وكرسه التشريع ولم يعد موضوع أي تشكيك، تتمتع باستقلالية قانونية عن الأشخاص الذين يكونونها، ويتجلى هذا الأثر خصوصا في احتجاب الأشخاص المؤسسين لها واختفائهم عن ميدان

(1) Paul DURAND : « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé français au milieu du xx ème siècle –études offertes à 6° orage Ripert T. LGDJ Paris 1950, p : 155.

(2) المصطفى بوزمان: «مفهوم المصلحة الجماعية في الشركات التجارية، دراسة مقارنة»، مجلة القضاء المدني، ع. الخامس، السنة الثالثة 2015، ص: 75.

العلاقات بين الشخص الاعتباري والأغيار، في هذا الإطار يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية قانونية تكاد تكون مطلقة للتصرف في أمواله[1].

ويمكن القول بأن الشخصية المعنوية للشركات التجارية هي أهليتها لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بذمة مالية مستقلة عن مكوناتها، وأنها تستطيع في الحدود المرسوم لها نظاميا أو قانونيا إتيان ما تشاء من التصرفات القانونية[2]، ولها أن تتقاضى أمام المحاكم عن طريق ممثلها القانوني، كمدعية أو مدعى عليها أو محكمة أو محكم ضدها.

ومن المعلوم أن تسأل الشركة مدنيا عن الأضرار التي تحدثها للغير بسبب أعمالها، حيث يمكن للمتضرر أن يطالب بإصلاح الأضرار التي لحقته ويستند في ذلك إما على المسؤولية العقدية كعدم تنفيذ العقد المبرم باسم الشركة على الوجه المطلوب مثلا، وإما استنادا إلى المسؤولية التقصيرية، حيث تسأل الشركة عن الأضرار التي تحدثها ليس بفعلها فحسب ولكن حتى عن تلك التي يحدثها الأشخاص الذين هم في عهدتها[3]، في إطار نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع استنادا إلى نص الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود[4].

إذن الشركة كشخص اعتباري لها أن تبرم التعاقدات مع الغير، كما لها أن تكتسب الحقوق وأن تتحمل الالتزامات وفق إرادتها، كما يمكن أن تثار مسؤوليتها طبقا لقواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية، بل يمكن أن تتابع جنائيا في الحدود التي يسمح بها القانون بذلك[5]، في إطار المسؤولية الشخصية عن التزاماتها.

ويبدو أن القضاء التحكيمي لما يلجأ إلى تمديد اتفاق التحكيم في إطار مجموعة

(1) محمد الإدريسي المشيشي: «ذمة الشركة وذمة الشريك»، مجلة القضاء التجاري، ع 2، 2013، ص: 221.
(2) - عبد الرحيم شمعية:» الشركات التجارية في القانون المغربي»، طبعة 2014، ص: 35.
(3) فؤاد معلال:» الشركات في التشريع المغربي والمقارن، دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، الجزء الاول، النظرية العامة للشركات»، الطبعة الثالثة، 2011، ص:-126 127.
(4) الفصل 85 من ق.ل.ع: «لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته..»
(5) جلال وفا محمدين: «المبادئ العامة في القانون التجاري»، الدار الجامعية طبعة 1988، ص: 117.

الشركات إلى شركات غير موقعة عليه وذلك بالاستناد إلى مفهوم الاستغلال المشترك والتداخل الاقتصادي[1]، في إطار ما يعرف باختلاط الذمم وصورية الشركة، يكون قد ضرب عرض الحائط مبدأ استقلالية كل شركة بكيانها القانوني[2].

ولقد انتقد هذا التوجه من قبل الفقه التقليدي الذي ينتصر لحرفية النص القانوني بالنظر لعدم احترامه لخاصية الاستقلال القانوني لكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة الاقتصادية، وأنه في القانون الألماني لا يسمح بتطبيق اتفاق التحكيم على مجموعة الشركات إلا في الحالات التي تحترم فيها استقلالية الأشخاص الاعتبارية المستقلة والإرادة الصريحة لهم[3].

ولا ريب أن في هذا التواتر خرق سافر للقانون، بحكم أن المبدأ الراسخ قانونا يتمثل في استقلال الشركة المؤسسة قانونا في كل شؤونها، بحيث لا يمكن أن تسأل إلا عن تصرفاتها الإرادية، إلا أن القضاء وبهدف تحقيق العدالة التعاقدية و مساهمة منه في حماية المنظومة الاقتصادية يمدد آثار اتفاق التحكيم لبعض الشركات رغم استقلاليتها متى تبث إتيانها بعض التصرفات أو كلما ظهر أنها مجرد شركة صورية.

ذلك أنه كلما تبين للمحكمة (التحكيمية أو الرسمية)، أن أموال شركة ما ومصالحها تعود حصرا لشخص واحد، فقد يعمل هذا الشخص على تخصيص مبلغ من المال يستثمره في عمل تجاري معين ويحرص على أن تبقى مسؤوليته ضمن نطاق هذا المبلغ عن طريق تأسيس شركة مغفلة أو شركة محدودة المسؤولية برأس مال يوازي المبلغ المخصص

(1) هناك عدة استثناءات ترد على مبدأ استقلال ذمة الشركة عن الشركاء، والتي تخول لدائني الشركة تجاوز المنع المفروض عليهم من الرجوع على ذمة الشركاء، في هذا الإطار يمكن التمييز بين مصدرين لتمديد المسؤولية عن ديون الشركة للشركاء، تمديد بنص القانوني وتمديد بترخيص من القضاء .

(2) - كما أنه من المقرر قضاء أن مظلة الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة لشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب إزاحتها متى ثبت للقضاء، انحراف في هذا المنحى في موقف الشركاء وخلط بين ذممهم الشخصية وذمة الشركة خروجا عن إرادة المشرع الواردة في المادة 44 من قانون 5.95 المتعلق بالشركات التجارية ماعدا شركة المساهمة.

(3) Philippe Guez: « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés : Les divergences entre les approches française et allemande », MBDE/Arbitrage et ADR soumis le 01/07/2009.p :3.

للاستثمار[1]، مما يمكن اعتبارها شركة صورية تبرر إقبار وطمس مظلة الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة للشركة.

ومهما يكن فإن التمديد القضائي لاتفاق التحكيم يبقى استثناء على اعتبار أنه لا يرتكز على أسس قانونية أكثر ما يعتمد على مبررات واقعية اقتصادية، بحيث كلما ظهر للمحكمة أن إحدى الشركات ليست سوى شركة وهمية وأنها ساهمت في تنفيذ العقد بصورة ما إلا وعمدت إلى تمديد آثار اتفاق التحكيم في مواجهتها.

الخـــــاتمة

لقد حاولنا أن ننبش في بعض القضايا المرتبطة بنظرية تمديد اتفاق التحكيم للغير، كحيلة قانونية من ابتداع القضاء جاءت للتلطيف من آثار نسبية العقود ضمانا لاستقرار الأوضاع والمراكز القانونية الجديرة بالحماية، وخدمة للمشروع الاقتصادي الذي تمثله المقاولات المتعاقدة.

ومن المؤكد أن القانون التجاري عموما والقضاء على وجه الخصوص ما فتئ يتفرد بأحكامه وقواعده، إذ يجد لنفسه قواعد تبتعد كلما دعت الحاجة إلى ذلك عن القانون المدني، فنظرية تمديد اتفاق التحكيم تعد نتيجة طبيعية لصرامة مبدأ نسبية آثار العقود، مما يجعل منها أداة توظيفية لأبعاد اقتصادية عكس قاعدة النسبية ذات البعد القانوني الصرف.

ولا شك أن هذه نقطة من ضمن مجموعة من النقط المستجدة والتي للأسف اليوم ليس لنا اجابات عنها سواء بالمرجعية القانونية الحالية أو القديمة، وبالتالي نعيش مرحلة توديع قواعد قانونية قديمة ومستهلكة، واستشراف قواعد جديدة من شأنها أن تقدم أجوبة مقنعة

(1) فؤاد معلال، مرجع سابق، ص: 36

عن الحقائق الاقتصادية المستجدة.

ولتفادي الفراغ التشريعي الذي يسم الترسانة القانونية المغربية بهذا الخصوص نقترح أن يتم إضافة الصياغة التالية:» يمكن تمديد مسطرة اتفاق التحكيم إلى مقاولة أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الذمة المالية للمقاولة الخاضعة للمسطرة، أو بسبب صورية الشخص الاعتباري»، إلى المقتضيات المنظمة لمؤسسة التحكيم.

وفي انتظار تبني مقتضى يسمح بتمديد اتفاق التحكيم للغير، يجب من جهة التحفظ والتريث في تطبيق القاعدة، لما لذلك من آثار في إلزام الغير غير الموقع عن ذلك الاتفاق، ومن جهة أخرى ولتجنب مثل هذا التمديد يمكن أن ينص صراحة في العقد على استبعاد إمكانية تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير.

وفي إطار ممارسة محكمة النقض لرقابتها بمناسبة بتها في قرار محكمة الاستئناف التجارية المتعلق بقضية «اينا هولدينغ « بجميع غرفها، نأمل أن تأسس لتوجه قضائي رصين يسمح للسلطة التشريعية باعتماده في أقرب فرصة سانحة من منطلق أن الاجتهاد القضائي يساهم بقوة في تطوير علم القانون.

IX. مـــدى التـــزام الغيـــر بشـــرط الاتفـــاق التحكيمـــي المضمـــن فـــي ســـند الشـــحن فـــي المنازعـــات التجاريـــة البحريـــة

من إعداد: ذ.عبدالله أوبها
إطار بالوكالة القضائية للمملكة
دكتور في العلوم القانونية والسياسة

الأصل في العقد أنه إذا انعقد صحيحا أنتج آثاره القانونية، وهذه الآثار لا تنصرف إلا على المتعاقدين ومن يمثلهم في العقد ولا تمتد إلى الغير إلا على وجه استثنائي، ذلك أن مبدأ نسبية العقود يقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقديه، بمعنى آخر فإنه ينبغي ألا يستفيد الغير أو يضـــار من علاقة عقدية هو في الأصل أجنبي عنها إلا وفق ما يقرره القانون.

وإذا تمعنا في العمليات التي تتم في مجال الملاحة البحرية [1]، نجدها متعددة الأطراف بالنظر لكون عمليات النقل البحري تحكمه علاقات متشابكة ومتداخلة بين اطراف مختلفة فالناقل قد يتعدد بين مجهز و ناقل ، أو بين ناقل فعلي و ناقل متعاقد ، كما أن الشاحن هو الآخر قد يتعدد ، حيث يمكن نقل شحنات متعددة في عملية و احدة ، كما أن صاحب الحق في البضاعة أو مالك البضاعة بدوره قد يتعدد بين شاحن و مرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن .[2]

(1) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أكثر من 90 بالمائة من المبادلات التجارية العالمية تتم عبر البحر، كما أن تدفق البضائع المنقولة بحراً يصل إلى 109 مليار طن سنويا ، أي بمعدل 289 طن من البضائع في الثانية الواحدة .

(2) عبد الله أوبها: إشكالات التحكيم في المنازعات التجارية البحرية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الموسم الجامعي 2007/2008، ص 42.

و لا شك أن الشاحن باعتباره طرفا أساسيا في سند الشحن يلتزم بشرط التحكيم الذي يرد في هذا السند ، كما أن الناقل بدوره يلتزم بشرط التحكيم لأنه طرف أصيل في التعاقد [1]، إلا أن الإشكال الذي يطرح في غالب الأحيان يكمن في الحالة التي يتم فيها إحالة سند الشحن إلى شخص لم يكن طرفا في عقد النقل البحري ، وهذا الشخص قد يكون المرسل إليه ، وقد يكون شركة التأمين البحري ، فهل هؤلاء الأشخاص يسري عليهم شرط التحكيم البحري الوارد في سند الشحن ؟؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ومقاربة هذه الإشكالية، ارتأينا أن نعالج في المحور الأول من هذه الدراسة مسألة المركز القانوني للمرسل إليه ومدى التزامه بشرط التحكيم (المحور الأول)، على أساس أننا سنتطرق بعد ذلك لأحكام التزام الغير بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن (المحور الثاني).

المحور الأول: المركز القانوني للمرسل إليه ومدى التزامه بشرط التحكيم:

إن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه سيسعفنا إلى كشف حقيقته و أساس علاقاته المركبة مع العديد من الأطراف ، و التي تتداخل و تتشابك في عمليات نقل البضائع بحرا ابتداء من تنفيذ هــذه العمليات فــي ميناء الشحــن و حتى تسليم البضاعة للمرسل إليه في ميناء الوصول [2]، ويمكن أن نتصور مدى هذا التداخل إذا ما علمنا بعلاقات المرسل

(1) نشير في هذا الصدد إلى أن أغلب المنازعات البحرية يتم فيها اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات بالنظر لتميز هذا الأخير بمجموعة من المميزات قد لا نجدها في القضاء العادي، كالسرعة في الإجراءات، وحق الطرفين في اختيار محكمين للفصل في النزاع، وكفاءة هؤلاء المحكين وتخصصهم في الملاحة البحرية، فضلا سرية وعدم نشر الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية إلا بموافقة الأطراف، وغيرها من المميزات.
للمزيد من التفاصيل، أنظر في هذا الشأن:
فريد الحاتمي: التحكيم البحري بين مصداقية القضاء الخاص وضعف قضاء الدولة، الجزء الأول، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 33، سنة 1994.

(2) وتعتبر عملية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق الناقل بمقتضى عقد النقل البحري، و الذي ينقضي بتنفيذها، للمزيد من التوضيحات، انظر في هذا الشأن:
محمد البعدوي : مسؤولية الناقل البحري في تسليم البضاعة إلى المرسل إليه ، المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاولات ، عدد 9 ، شتنبر 2005 ، ص 17 .

إليه مع العديد من الأشخاص وذلك منذ بداية إبرام عقد البيع مرورا بعمليات الشحن المختلفة الخاصة بالبضاعة و إصدار سندات الشحن بأنواعها مع احتمال تداول هذه السندات بين أكثر من مستفيد حتى تصل إلى المرسل إليه صاحب الحق في الإستلام .

كما أن أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل إليه فيما إذا كان طرفا أم غيرا له أثر مباشر بالنسبة لموضوع قوة سند الشحن في الإثبات ، ذلك أنه في العلاقة بين أطراف سند الشحن الأصليين أي الناقل و الشاحن فليس للسند المذكور إلا حجة نسبية ، أي أنه لا يجوز للناقل أو الشاحن إثبات عكس ما جاء بالسند إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، أما بالنسبة للغير فيجوز له إثبات عكس ما ورد بسند الشحن بكافة طرق الإثبات ، أي ان البيانات الواردة في سند الشحن لها الحجية المطلقة في الإثبات لصالح الغير الذي له مصلحة في التمسك بها [1].

هذا فقد شهدت مسألة تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في سند الشحن جدلا فقهيا بين من يعتبره أجنبيا عن عقد النقل البحري (العنصر الأول)، وبين من يعتبره طرفا غير أجنبي عن العلاقة التعاقدية المذكورة (العنصر الثاني).

العنصر الأول: اعتبار المرسل إليه طرفا أجنبيا عن عقد النقل البحري:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه المرسل إليه طرفا غريبا و أجنبيا عن العقد النقل البحري ، وبالتالي فإن ما يتضمن هذا العقد من بنود بما فيها وجود اتفاق اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب نزاع قانوني ، يبقى سريانها فقط على الطرفين الأصليين في عقد النقل البحري وهما الناقل و الشاحن ، اما المرسل إليه في نظر هذا الإتجاه الفقهي يبقى طرفا غريبا عن هذه العلاقة التعاقدية [2].

(1) محمد عبد الفتاح ترك : التحكيم البحري ، النطاق الشخصي للاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، طبعة 2003 ، ص 578 .

(2) علي طاهر البياتي: التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 326.

ويستند هذا الإتجاه في نظريتهم إلى تفسير حق المرسل إليه على أنه اشتراط لمصلحة الغير (أولا)، أو اعتباره المرسل إليه خلفا خاصا للشاحن بوصفه مشتريا للبضاعة (ثانيا).

أولا: نظرية الإشتراط لمصلحة الغير:

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى تفسير حق المرسل إليه بأنه اشتراط لمصلحة الغير، على أساس أن الشاحن عندما يبرم عقد النقل فإنه يشترط لمصلحة الغير – وهو في هذه الحالة المرسل إليه - ، وهذا الاشتراط يكسب له الحق في استلام البضاعة، ويعتبر المرسل إليه قابلا لهذا الاشتراط بالاستلام الفعلي للبضاعة، مع تحمل هذا الأخير للإلتزام المرتبط به والمتمثل في دفع مقابل نقل هذه البضاعة.

ثانيا: نظرية النيابة الناقصة:

يذهب انصار هذه النظرية على أن الشاحن عند تعاقده مع الناقل في عقد النقل البحري يعتبر نائبا عن المرسل إليه ، إلا أن هذه النيابة ناقصة ، إذ يظل الشاحن ملتزما بوفاء أجرة النقل شأنه شأن الموكل الذي تنصرف إليه آثار العقد الذي أبرمـــــــه الوكيل وفقا لأحكام النيابة [1]، أي أنه و بمقتضى فكرة النيابة الناقصة فكل من يتعاقد باسمه - الشاحن في هذه الحالة - و لحساب الغير - المرسل إليه - يعتبر نائبا عن ذلك الغير مع بقائه ملزما شخصيا أمام المتعاقد معه - الناقل في هذه الحالة - بمقتضى العقد الذي أبرمه وبالتالي فالشاحن في تعاقده مع الناقل يعتبر وفق هذا الإتجاه الفقهي نائبا عن المرسل إليه ولكن هذه النيابة ناقصة .

هذا بخصوص موقف النظرية التقليدية من المركز القانوني للمرسل إليه، والتي تعتبره طرفا أجنبيا عن العلاقة التعاقدية التي تربط الناقل بالشاحن، فكيف ينظر أصحاب النظرية الحديثة للمركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري؟؟؟

(1) محمد نور شحاتة: مفهوم الغير في التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 1996، ص 201 وما يليها.

العنصر الثاني: اعتبار المرســـل إليه طرفا في عقد النقل البحري:

خلافا لما تم تبيانه في العنصر الأول من هذا المحور ، نجد رأيا فقهيا آخر يدعى بنظرية المجموعة العقدية ، يعتبر على أن المرسل إليه يعتبر طرفا من أطراف عقد النقل البحري ويسري عليه ما يسري من الأحكام المضمنة في عقد النقل البحري كتضمين هذا العقد لشرط تحكيمي بالاحتكام إلى الهيئات التحكيمية في حالة نشوب نزاع بين الأطراف [1].

وسند هذا التوجه الفقهي في طرحهم هذا ، - و الذي يسمى كذلك « نظرية المجموعة العقدية « – أن العقود التي تبرم متتابعة كسلسلة واحدة أو متزامنة في أن واحد بهدف تحقيق هدف واحد هو تنفيذ عملية عقدية واحدة ترتبط فيما بينهما برباط واحد تجعلها متحدة في مصيرها[2] ، وسميت بالنظرية العقدية نظرا لاشتمالها على مجموعة من العقود .

هذا فبتأملنا في العملية التجارية البحرية نجده تتكون من مجموعة من العقود، فمن جهة هناك عقد بيع بضاعة طرفاه الشاحن والمرسل إليه، ثم عقد نقل هذه البضاعة، فضلا عن عقد الشحن والتفريغ وكذا عقد التامين على البضائع، وبذلك نجد عقدا أصليا يتمثل في بيع بضاعة وعقود متعددة تلتف حول هذا العقد الأصلي وتهدف إلى التأكد من ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه.

وفي هذا السياق يثور جدل فقهي وقضائي حول الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في أحد هذه العقود على أطراف العقد الآخر بالرغم من عدم وجود إحالة إلى هذا الشرط

(1) وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري الدولي للبضائع لسنة 1978 و المعروفة بقواعد هامبورغ ، حددت مكان التحكيم في المنازعات البحرية عندما نصت في مادتها الثانية و العشرين على أنه تباشر إجراءات التحكيم في مكان من الأمكنة التالية وفقا لاختيار المدعي :
- مكان في دولة يقع في أراضيها :
*المقر الرئيسي لعمل المدعى عليه ، وإن لم يوجد له مقر عمل رئيسي ففي المحل الاعتيادي لإقامة المدعى عليه .
*مكان إبرام العقد بشرط أن يكون للمدعى عليه فيه مقر عمل أو فرع أو وكالة أو أبرم العقد عن طريقها.
*ميناء الشحن أو ميناء التفريغ .
- المكان المعين لهذا الغرض في شرط التحكيم أو الاتفاق الخاص به .

(2) محمد نور شحاتة : مفهوم الغير في التحكيم ، المرجع السابق ، ص 202 .

التحكيمي المضمن في العقد الأصلي.

ففي هذا الإطار انقسم الفقه إلى اتجاهين ، اتجاه يعتد بالإرادة الحقيقية لقبول التحكيم و تقرر ضرورة علم وقبول جميع اطراف العملية التحكيمية بهذا الشرط [1]، واتجاه يعتد بفكرة الإرادة الظاهرة بمد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود على العقد الآخر الذي لا يتضمن هذا الشرط التحكيمي وذلك بناء على ما تولد لدى أطراف العقد الثاني من اعتقاد على أن أي عقد وما تضمنه من بنود في المجموعة العقدية ملزم لكل أعضاء المجموعة .

و صفوة القول ، و من خلال ما تم ذكره خلال هذا المحور ، نخلص على أن هناك جدلا فقهيا حاد بين من يعتبر المرسل إليه اجنبيا عن عقد النقل البحري ، وبين من يعتبره طرفا غير أجنبي عن العلاقة نفسها ، إلا ان الملاحظ أن المرسل إليه بالرغم من انه ليس طرفا في عقد النقل المبرم بين المرسل - أو الشاحن - و الناقل ، غير انه من الناحية العملية ثبت على أن المرسل إليه يكتسب حقوقا و يتحمل التزامات متولدة عن عقد النقل البحري ، وهذا ما سنتناوله في المحور الموالي والذي سنتطرق فيه لأحكام التزام المرسل إليه بشرط التحكيم المضمن في عقد النقل البحري .

المحور الثاني: أحكام التزام الغير بشرط التحكيم المدرج في عقد النقل البحري:

غالبا ما تحكم عمليات النقل البحري علاقات متشابكة بين أطراف مختلفة، فالناقل قد يتعدد بين مجهز وناقل، أو بين ناقل فعلي وناقل متعاقد، كما ان الشاحن بدوره قد يتعدد إذ يتم نقل شحنات متعددة في عملية نقل واحدة، وكذلك صاحب الحق في البضاعة بدوره قد يتعدد بين شاحن ومرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن.

(1) فؤاد العلواني : صيغ التحكيم في سندات الشحن و مشارطات الإيجار، دار الحرية للطباعة و النشر، طبعة 1992، ص 102 .

وأمام هذا التداخل في العلاقات لا جدال في سريان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن على الشاحن والناقل باعتبارهما الطرفين الأصليين في سند الشحن، إلا أن التساؤل المطروح يتمثل في مدى سريان هذا الشرط على أشخاص لم تكن أطرافا أصلية في سند الشحن كما هو الشأن بالمرسل إليه (العنصر الأول)، ونفس الأمر ينطبق على الوكيل البحري وشركات التأمين في مجال النقل البحري (العنصر الثاني).

العنصر الأول: مدى التزام المرسل إليه بالشرط التحكيمي المدرج في عقد النقل البحري:

إذا كان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن كما سلف ذكره يسري بشكل لا رجعة فيه على أطرافه الأصلية، فإنه من جانب المرسل إليه فبالرغم من كونه ليس بطرف أصلي في سند الشحن، إلا أن هناك إجماع فقهي وقضائي على كون شرط التحكيم الوارد في سند الشحن يسري على المرسل إليه على اعتبار كون هذا الأخير هو الحامل لذات السند والذي يستمد حقوقه منه، إضافة إلى كون المرسل إليه يعتبر من الأطراف ذوي الشأن في السند باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن، وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومند ارتباط الأخير به.

فإذا سلمنا على أن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن يسري على المرسل إليه، فإن التساؤل يثار بخصوص الحالة التي يتضمن فيها سند الشحن إحالة صريحة على شروط مشارطة الإيجار ومن بينها شرط التحكيم، فهل يسري هذا الشرط على المرسل إليه؟؟؟

ففي هذا السياق يرى بعض الفقه المغربي [1]، على أنه ينبغي التمييز في هذا الإطار بين أمرين اثنين :

(1) يونس بنونة: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، مطبعة الشريعة، طبعة 1993، ص 19.

- **الأمر الأول :** تضمين سند الشحن شرط التحكيم مع الإحالة على شروط مشارطة الإيجار بخصوصه ، إذ في مثل هذه الحالة يسري شرط التحكيم على المرسل إليه [1].

- **الأمر الثاني:** كون سند الشحن لا يتضمن شرط التحكيم، ولكنه يحيل على شروط مشارطة الإيجار إحالة عامة، الشيء الذي يثير تساؤل عما إذا كان شرط التحكيم الوارد بالمشارطة يعتبر مندمجا في سند الشحن ومن ثمة يسري على المرسل إليه؟؟

فللإجابة عن هذا التساؤل ، و عند استقرائنا للعمل القضائي المغربي ، نجده يعتد بما هو مضمن في سند الشحن لتحديد العلاقة بين المرسل إليه و الناقل البحري ، وبالتالي فإن شرط التحكيم إذا لم يكن مضمنا بصفة صريحة في سند الشحن فإنه لا يسري على المرسل إليه باعتباره غيرا وطرفا أجنبيا عن مشارطة الإيجار التي تتضمن شرط التحكيم [2].

وفي هذا الصدد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء [3]، بتاريخ 29 مارس 1990 ، أقرت فيه عدم سريان شرط التحكيم على الشاحن و المرسل إليه و اعتبرتهما أجنبيين عن المشارطة التي تتضمن شرط التحكيم ، ومن بين ما جاء في هذا الحكم ما يلي :

« حيث أثارت شركة « أونيمار « الدفع بعدم الإختصاص لوجود شرط التحكيم بمشارطة الإيجار ، غير أنه بالرجوع إلى المشارطة المذكورة - الفصل 35 منها - ، يتبين انه تخص طرفي العقد وهما مالك الباخرة و المستأجرة لها ، وبالتالي لا يمكن سريانه على الشاحن و المرسل إليه باعتبارهما أجنبيين عن المشارطة المذكورة ...» .

(1) وهذا الأمر سبق وأن أكده القضاء المقارن في شخص محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ 3 أبريل 1973، فمن بين ما جاء في هذا القرار ما يلي: « ...إذا تم تضمين سند الشحن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار ، فبمقتضاه يسري شرط التحكيم على المرسل إليه ...» .

(2) وهذا ما أقره قرار صادر عن استئنافية البيضاء بتاريخ 16 مارس 1982، في الملف عدد 1238/81، وهو الطرح الذي تبناه كذلك قضاء المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - ، وذلك في قرار صادر عنه بتاريخ 20 أكتوبر 1986، تحت رقم 2481 موضوع الملف عدد 9778/85.
أورده: يونس بنونة: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، المرجع السابق ص 196.

(3) حكم ابتدائية الدار البيضاء عدد 264 صادر بتاريخ 29 مارس 1990 في الملف عدد 69/89 .
أورده : يونس بنونة : مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، المرجع السابق ، ص 197 .

وهذا التوجه القضائي الوطني ، تبناه القضاء المقارن في وقت سابق في شخص محكمة ايكس بروفانكس ، ففي حكم صادر عن هذه المحكمة [1]، أكدت فيه على أن « شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يسري فقط في العلاقة بين المؤجر و المستأجر و لا يسري في شأن الدعوى التي يرفعها المرسل إليه حامل سند الشحن ضد المستأجر ، إذ يعتبر المرسل إليه غريبا عن مشارطة الإيجار ..» .

غير أن توجه قضاء بعض الدول العربية كمصر يرى خلاف هذا الأمر ، ففي قرار صادر عن محكمة النقض المصرية [2]، ذهبت هذه الأخيرة إلى اعتبار إحالة سند الشحن إلى الشروط العامة الواردة بمشارطة الإيجار من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشارطة مندمجا في سند الشحن وملزم للمرسل إليه .

ومما سلف ذكره، نستخلص أن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار لا يسري في مواجهة المرسل إليه إلا إذا تضمن سند الشحن بصفة صريحة فض النزاع عن طريق التحكيم، إذ في مثل هذه الحالة يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم، وبالتالي يمنع عليه اللجوء إلى القضاء عند وجود مثل هذا الشرط في سند الشحن.

وعليه، فإذا كانت مسألة سريان اتفاق التحكيم الوارد عقد النقل البحري على المرسل إليه قد لقيت جوابا في القضاء، فإن مسألة مدى سريان هذا الاتفاق على بعض الأطراف الأجنبية عن العقد كالوكيل البحري وشركة التأمين عن المخاطر البحرية لا زالت مطروحة، مما يتعين علينا البحث في هذا النقطة القانونية في العنصر الموالي من هذه الدراسة (العنصر الثاني).

(1) حكم محكمة ايكس بروفانس صادر بتاريخ 31 أكتوبر 1978، أورده :
OLIVIER CACHARD : les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime, revue de droit DMF N 646, mars 2004.

(2) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في 18 أبريل 1979 ، أورده :
أحمد محمود حسني : قضاء النقض البحري ، منشأة المعرف الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 ، ص 62 .

العنصر الثاني: مدى التزام شركة التأمين والوكيل البحري بشرط التحكيم المضمن في عقد النقل البحري:

إذا كان سريان اتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن على المرسل إليه عرف شبه إجماع فقهي وقضائي كما رأينا في المناقشة أعلاه، فيثار التساؤل حول الشأن بالنسبة لشركات التأمين في مجال النقل البحري (أولا)، كما يثار تساؤل حول تأثير التحكيم المبرم من طرف وكيل على أطراف عقد النقل البحري (ثانيا).

أولا: التزام شركة التأمين بشرط التحكيم المضمن في سند الشحن:

ففي هذا الإطار ، يرى بعض الفقه المغربي على أن شركة التأمين تلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن كما هو الشأن بالنسبة للمرسل إليه ، وسندهم في ذلك أن هذا الأخير (أي المرسل إليه) يحيل إليها حقوقه ودعواه في مواجهة الناقل ، تأسيسا على أن شركة التأمين ترجع على الناقل بناء على حوالة الحق ، على اعتبار أن حوالة الحق بما يتضمن من حقوق والتزامات يكون المحال إليه ملتزما باتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط ذلك العقد ، بحيث يجوز للطرف الآخر أن يحرك تجاهه إجراءات التحكيم [1] .

وعلى مستوى العمل القضائي، فقد سبق للقضاء في فرنسا أن سلك هذا التوجه من خلال المحكمة الفيدرالية لجزر«سان توماس» و«سان جورج»، في الحكم الصادر عنها بتاريخ 4 أكتوبر 1982، إذ جاء في هذا الحكم ما يلي:

« إن تطبيق اتفاق التحكيم يمتد ليشمل الشخص الذي أحيلت إليه الحقوق موضوع التحكيم وهو في الحالة المطروحة شركة التأمين المؤمن لديها صد حريق السفينة، والتي آلت إليها الحقوق المتصلة بمطالب المتسبب في الحريق «. [2]

(1) المختار بن أحمد عطار: الوسيط في التأمين البحري ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى سنة 2000 ، ص 132 .
(2) سامية رشيد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار الحرية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص 129

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف بباريس في 13 نونبر 1992 على أنه:

« بمقتضى الأثر الناقل لحلول شركة التأمين في حقوق ودعاوي المؤمن عليه، فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن مع ديون وحقوق المؤمن عليه بأوصافه التي ينطوي عليها دون تحديد ».[1]

وعليه، ومما سلف ذكره يتضح لنا بجلاء، أنه من الناحية العملية فإن شرط التحكيم الوراد بسند الشحن يسري بدوره على شركة التامين شأنها شأن المرسل إليه، بالرغم من كون شركة التأمين ليست بطرف أصلي في عقد النقل البحري، فماذا عن الوكيل البحري؟؟

ثانيا: التزام أطراف عقد النقل البحري بالتحكيم المبرم من طرف الوكيل البحري:

يلاحظ من الناحية العملية أن الوكيل البحري عند تعاقده نيابة عن أطراف العملية البحرية يضمن هذه العقود بنودا تقضي بإحالة النزاع في حالة نشوبه على الهيئات التحكيمة، كأن يتعاقد مع الشاحن نيابة عن الناقل بوصفه وكيلا عنه، غير أن التساؤل المطروح في هذا الصدد يتجلى في حكم هذا الاتفاق التحكيمي؟؟

فبرجوعنا إلى القواعد العامة المضمنة في قانون الإلتزامات والعقود المغربي، سيما مقتضيات المادة 894 منه، نستنتج أن المشرع المغربي يلزم وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

وعليه ومن خلال المقتضيات القانونية الواردة بنص المادة أعلاه، وأمام غياب نص خاص في هذه المسألة، نخلص أن الوكيل العام البحري لا يملك صلاحية الاتفاق

(1) قرار محكمة الإستئناف بباريس أوردته : أمال أحمد كيلاني : التقاضي في عقد النقل البحري ، مطبعة الرسالة بطنطا، القاهرة، الطبعة الأولى سنة 2001، ص 278 .

على التحكيم في بعض الأعمال الخاصة المتعلقة بالنقل البحري، لأن سلطته منحصرة في أعمال الإدارة والتي لا تخول له حق اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، كالمساطر التحكيمية التي يباشرها ربابنة السفن للإنقاذ أو في حالة الخسارات المشتركة أو غيرها من الحالات التي يستعصي فيها الرجوع على الناقل شخصيا.

غير أنه وكما يرى بعض الفقه ، ففي بعض الحالات التي يكون فيها الناقل البحري يملك شركة ملاحية للنقل ، فإن التحكيم الذي يباشره مدير عام الشركة و الذي منح له مجلس الإدارة سلطة إدارة الشركة يعتبر صحيحا و جائزا ، لأنه أبرم الاتفاق على التحكيم نيابة عن هذه الشركة ، وذلك لكون اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات صار من مستلزمات الشركات التجارية و الطريق العادي الذي تفضله هذه الشركات لفض منازعاتها مع الغير [1].

خاتمة:

وصفوة القول ومن خلال ما سلف ذكره ، حاولنا الإجابة على مجموعة من النقط القانونية المرتبطة بالإشكال الجوهري الذي افتتحنا به الدراسة ، و المتجلي في مدى التزام الغير – المرسل إليه على وجه الخصوص - ، بشرط الاتفاق التحكيمي الوارد في سند الشحن في المنازعات التجارية البحرية ، و خلصنا على أنه بالرغم من الجدل الفقهي بخصوص اعتبار المرسل إليه طرفا أجنبيا عن عقد النقل البحري وبالتالي لا تسري عليه البنود المضمنة في عقد النقل البحري الذي يربط الشاحن بالناقل بما فيها احتواء هذا العقد على الشرط التحكيمي ، إلا أنه من الناحية العملية اتجه العمل القضائي في المغرب وكذا في القضاء المقارن على ان المرسل إليه يكتسب حقوقا و يتحمل التزامات

(1) يونس بنونة : مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، المرجع السابق ، ص 212 .

متولدة عن عقد النقل البحري مما يعني أن الشرط التحكيمي المضمن بسند الشحن فضلا على أنه يسري على اطراف العقد الأساسية – أي الشاحن والناقل - ، فبالتبعية يسري كذلك على المرسل إليه ، كما يسري كذلك على المؤمن في مجال النقل البحري.

X. الوســـاطة الاتفاقيـــة: قــراءة فـــي قانـــون التحكيـــم والوســـاطة الاتفاقيـــة

من إعداد: زكرياء الغزاوي
رئيس قسم القضايا التجارية ومنازعات التحكيم

تعتبر الوساطة من أقدم الآليات المستعملة في تسوية المنازعات سواء بين الأطراف أو بين المجتمعات المتخاصمة، فقد عرفت حتى ما قبل الإسلام، و ذلك في غياب مقومات الدولة و السلطة العمومية (1).

ولم يعرف المغرب التنظيم القانوني للوساطة إلا من خلال القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، المعدل للقانون المسطرة المدنية، إذ نظم الآلية الأخيرة لتسوية المنازعات لأول مرة، غير أن المشرع المغربي نظم فقط الوساطة الاتفاقية دون الوساطة القضائية الإلزامية، التي تمنح للقاضي، أثناء النظر في النزاع، إمكانية اقتراح الوساطة بين الأطراف.

وقد كرس المشرع المغربي تبنيه للوساطة الاتفاقية من خلال القانون الصادر بتاريخ 13 يونيو 2022 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية (2)،

المبحث الأول: الإطار العام للوساطة الاتفاقية:

المطلب الأول: تعريف الوساطة الاتفاقية وتمييزها عن بعض الآليات المشابهة:

الفقرة الأولى: تعريف الوساطة الاتفاقية ومميزاتها:

(1) Sélim Jahel : «Le concept de médiation dans l'Islam », in Nassib Ziadé (ed), liber Amicorum Samir Saleh : Reflexions on Dispute Resolution with Particular, Emphasis on the Arab world ,2019, p.109- 114.

(2) ج ر عدد 7009 بتاريخ 13 يونيو 2022، ص: 3579.

أولا: تعريف الوساطة الاتفاقية:

لم يضع المشرع المغربي تعريفا للوساطة، على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، غير أنه يمكن أن نضع مفهوما لهاته الآلية من خلال بعض المقتضيات القانونية المنظمة لها في قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية، و لاسيما المادة 86 التي نصت على أن الوسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي نزاع بين الأطراف، و بالتالي فإنه يمكن تعريف الوساطة الاتفاقية بكونها وسيلة بديلة لتسوية المنازعات أساسها اتفاق بين الأطراف المتنازعة على تسوية النزاع الناشئ حالا أو في المستقبل بواسطة وسيط تختاره الأطراف المتنازعة مهمته تسهيل إبرام صلح ينهي النزاع.

و انطلاقا من هذا التعريف فإن الوساطة تختلف عن بعض الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات بكونها تمتاز بالمرونة طالما أن الأطراف هي التي تبحث عن الحل[1] و ليس الوسيط.

ثانيا: مميزات الوساطة:

من بين الأسباب التي تدفع الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى الوساطة دون القضاء خصوصا في مجال المعاملات التجارية ما تتسم به الوساطة من مزايا متعددة تتمثل في التخصص والكفاءة المهنية التي يتمتع بها الوسيط والسرعة والسرية وبساطة الإجراءات.

أ- التخصص والكفاءة المهنية:

ليس بالضرورة أن يكون الوسيط شخصا ملما بالقانون بل هو شخص فني قد يكون حرفيا وقد يكون مهنيا، مما يفيد عدم الحاجة إلى خبير منتدب وهو ما يساعد على توفير الوقت والمصاريف.

(1) Fathi Ben Mrad : « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », Informations sociales, 2012/2 n° 170, p.11- 19.

ب- السرعة:

لا يتقيد الوسيط بإجراءات التقاضي العادية وآجالها، وبالتالي يتفادى بطء الإجراءات القضائية، هذا بالإضافة إلى أن الوسيط يعتبر شخصا متفرغا للقيام بالمهمة الموكولة إليه داخل المدة المتفق عليها، هذا بالإضافة إلى أن الوساطة تتم على درجة واحدة دون إمكانية الطعن في وثيقة عدم وقوع الصلح.

ت- السرية:

لا تخضع الوساطة إلى نظام علانية الجلسات كما هو الحال بالنسبة للجلسات المنعقدة أما محاكم الدولة مما يحفظ لأطراف النزاع سمعتهم و أسرار معاملاتهم (1).

ث- المرونة وبساطة الإجراءات:

تتسم الوساطة الاتفاقية ببساطة الإجراءات وسهولتها لأنها لا تتقيد بشكليات معينة التي تتطلبها إجراءات التقاضي أمام المحاكم الرسمية، فمهمة الوسيط، وعلى خلاف الأمر بالنسبة للقاضي أو المحكم، تقتصر فقط على مساعدة الأطراف المتخاصمة على إيجاد حل للنزاع، وبالتالي فالعدالة المرجوة في الوساطة هي عدالة مرنة على خلاف عدالة المحاكم لأنه يتوقع حلا سريعا للخصومة.

ونظرا للمميزات التي تمتاز بها الوساطة فإن الفاعلين في الميدان الاقتصادي اتجهوا في الآونة إلى الوساطة، بعد أن كانت آلية التحكيم، وذلك بالنظر إلى بساطة ومرونة إجراءات الوساطة في مقابل شكلية التحكيم(2).

(1) جاء في المادة 95 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:
«تتسم أعمال الوساطة بالسرية...»

(2) Bruno oppetit : « Les modes alternatifs de règlement des différends », in Justices, 1995, n°1, p.53- 59.

الفقرة الثانية: تمييز الوساطة عن بعض الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات:

أولا: تمييز الوساطة (La médiation) عن التوفيق (La conciliation):

مصدر كلمة التوفيق (La conciliation) يوناني (Conciliare) أي من فعل أوحد (Unir) أما كلمة الوساطة فكذلك مصدرها يوناني (mediare) أي أن يكون الشخص في الوسط (être au milieu)، و نقطة الاختلاف بين الوساطة والتوفيق تتمثل، خاصة، في المهام الموكولة لكل من الوسيط و الموفق فهذا الأخير يقوم باقتراح الحلول على الأطراف المتنازعة و يعتبر طرفا فعالا في هذه المسطرة إذ يمكنه مناقشة وجهات النظر الخاصة بهذه الأطراف في حين أن الوسيط فدوره يقتصر فقط على مساعدة الأطراف على إيجاد حل بأنفسهم ([1])، وهو التمييز الذي يتماشى مع الاتجاه الغالب في الفقه القائل بكون الموفق يعتبر طرفا فعالا في إيجاد الحل أكثر من الوسيط([2])، فهو يقوم بتقديم رأيه و موقفه القانوني من النزاع و تقدير الوقائع و ذلك على خلاف الأمر بالنسبة للوسيط الذي ترتكز مهمته على شخص الأطراف المتنازعة بغية مساعدتهم على إيجاد الحل و ليس على وقائع النزاع.

ثانيا: تمييز الوساطة عن المفاوضة (La négociation):

اختلف الفقه في تعريف المفاوضة بين من اعتبرها مواجهة بين أطراف مرتبطة بمصلحة معينة، تقدم فيما بينها الحد الأدنى من الاستعداد للتوصل إلى تسوية بغرض تقريب التباعد الحاصل فيما بينها، و ذلك بغية ايجاد حل مقبول بالنظر إلى الأهداف المتوخاة من المصلحة المشتركة ومساحة المناورة التي قدموها لأنفسهم([3])، و بين من اعتبرها شكل من أشكال الحوار المرتكز حول تسوية خلاف و التي تهدف إلى وضع اتفاق مقبول بين الأطراف ([4]).

(1) Vivier j – L : « La réforme de la conciliation et de l'introduction de la médiation dans la procédure civile », Petites affiches, 25 novembre 1996, p.12.

(2) Fathi Ben Mrad : « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », article précité.

(3) Lionel Bellenger : «La négociation », Presses universitaires de France (Puf), coll. Que sais- je ? », 2003, p. 25.

(4) Arnaud Stimec : « La médiation en entreprise », Paris, Dunod, coll. « Fonctions de l'entreprise »; 2005, La négociation, Paris, Dunod, coll. « Les topos » ; p. 10.

و على خلاف الأمر بالنسبة للوساطة فإن التفاوض لا يتطلب وجود شخص من الغير ما دام أن الأطراف يمكنها التفاوض إما مباشرة أو بواسطة ممثليهم(1).

ثالثا: تمييز الوساطة عن التحكيم:

على خلاف التحكيم تتميز الوساطة بالمرونة وعدم الشكلية، هذا بالإضافة إلى أن الفيصل بين هاتين الوسيلتين يتمثل في طبيعة المهمة الموكولة لكل من الوسيط والمحكم، فمهمة الأول تنحصر فقط في تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة بغية إيجاد صلح بينهما ومن ثمة فهو لا يفصل في النزاع وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للمحكم الذي يفصل ويبت في النزاع بحكم تحكيمي قاطع. و بالتالي يمكن اعتبار التحكيم، مقارنة بالوساطة، وسيلة بديلة غير ودية(2).

ومما سبق فإن الرسم الموالي يوضح الفرق بين كل من التفاوض والوساطة والتحكيم.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للوساطة الاتفاقية:

الفقرة الأولى: الوساطة في القانون المغربي:

نظم المشرع المغربي الوساطة الاتفاقية في قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية، في المواد من 86 إلى 100، مكتفيا بتنظيم الجوانب الإجرائية والمسطرية لهاته الآلية، في حين توجد مجموعة من النصوص القانونية التي نصت على جواز اللجوء إلى هذه الآلية في بعض العقود، ونذكر على سبيل المثال:

(1) P. Milburn P. :« Négociation, médiation : quelles accointances ? », Négociations, n° 2, 2006.

(2) Sonia Massot : « Les manœuvres dilatoires dans le procès civil », thèse de doctorat, Université Aix Marseille, 2018, p.6.

أ- عقود الشراكة بن القطاعين العام والخاص:

نصت المادة جاء في المادة 27 من القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما يلي:

«ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل حل النزاعات على اللجوء إلى مساطر الصلح والوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يمكن لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن ينص على مسطرة الصلح قبل اللجوء، إلى مساطر الوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الوسيط المختص أو هيئة التحكيم ذات الاختصاص في حالة اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية أو التحكيم.

ب- عقود الصفقات العمومية:

ورد في المادة 82 من مرسوم عدد 2.14.349 الصادر في 13 ماي 2016 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال على ما يلي:

«يمكن لصاحب المشروع و المقاول، باتفاق مشترك، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تسلم رسالة السلطة المختصة أو لتاريخ انتهاء أجل خمسة و أربعين (45) يوما المذكورة في المادة 81 من هذا الدفتر، إما اللجوء إلى الوساطة و إما إلى التحكيم طبقا لمقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من نص قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير

الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم نسخه و تعويضه بالقانون رقم 05.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)».

ج- العقود البنكية:

نص المشرع المغربي على إمكانية اللجوء إلى الوساطة في بعض العقود البنكية، إذ نصت المادة 111 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على ما يلي:

«يجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض خلال السنتين المواليتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير.

ويسري هذا الأجل ابتداء من التاريخ الذي أصبح فيه قسط الدين موضوع نزاع طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بشأن مؤن تغطية الديون غير المؤداة.

إذا كانت كيفيات تسديد الأقساط غير المؤداة محل تعديل أو إعادة جدولة، فان أجل سقوط الحق يبتدئ منذ أول عارض لم تتم تسويته بعد أول تعديل أو إعادة جدولة اتفق عليها المعنيون بالأمر.

إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة، فان إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة.

لا يحتسب أجل سقوط الحق إلا بعد استنفاذ مسطرة الوساطة والتي يجب أن تبدأ خلال سنة من تاريخ التصريح بتوقف المقترض عن الأداء.

في حالة اللجوء إلى الوساطة، لا يمكن تحميل المقترض فوائد التأخير أو أي مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة».

هذا بالإضافة إلى أن القانون رقم القانون 103 – 12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها يشير صراحة، في المادة 158 منه، إلى وجوب انضمام مؤسسات الائتمان إلى نظام وساطة بنكية يهدف إلى تسوية ودية للنزاعات القائمة بينها وبين عملائها.

وبناء على دورية والي بنك المغرب بتاريخ 10 يونيو 2016 بشأن طرق تفعيل نظام الوساطة المصرفية أحدث المركز المغربي للوساطة البنكية الذي أوكلت له مهمة التسوية الودية للخلافات التي تحدث أو يمكن أن تحدث بين الزبناء ومؤسسات الائتمان.

الفقرة الثانية: الوساطة في القانون الدولي:

لم تعرف الوساطة انتشارا على المستوى الدولي، على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، إلا في السنوات الأخيرة، إذ توجه المجتمع الدولي إلى تقنين هذه الآلية، سواء من خلال الاتفاقيات الدولية أو وضع قانون نموذجي للوساطة أو القواعد المنظمة للمؤسسات المهنية.

أ- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، لسنة 2018:

يهدف القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

الدولي المعروفة اختصارا باليونسترال إلى مساعدة الدول على إصلاح قوانينها المتعلقة بإجراءات الوساطة وتحديثها، كما يوفر قواعد موحدة فيما يتعلق بآلية الوساطة، ويهدف إلى التشجيع على استخدامها.

وقد كان هذا القانون يتعلق في أول مرة بالتوفيق، إلى أن أدخلت عليه تعديلات سنة 2018 بإضافة باب جديد يتعلق باتفاقات التسوية الدولية وتنفيذها كما تم تغيير اسم هذا القانون النموذجي ليصبح يحمل اسم «القانون النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة»، وقد تم استخدام مصطلح «الوساطة» بدلا عن التوفيق.

ويتناول القانون النموذجي الجوانب الإجرائية للوساطة، بما فيها تعيين الوسطاء، وبدء الوساطة و إنهاؤها، وتسيير إجراءات الوساطة، والاتصالات بين الوسيط والأطراف الأخرى، وسرية الأدلة وقبولها في الإجراءات الأخرى، وكذلك مسائل ما بعد الوساطة مثل قيام الوسيط بدور المحكم، ووجوب تنفيذ اتفاقات التسوية.

ويتضمن القانون النموذجي قواعد موحدة بشأن تنفيذ اتفاقات التسوية، ويتناول أيضا حق الأطراف في الاحتجاج باتفاق التسوية في الإجراءات. ويسرد القانون قائمة شاملة بأسباب رفض التماس الانتصاف التي يمكن للأطراف الاحتجاج بها في الإجراءات المشمولة بالقانون النموذجي.

ويمكن استخدام القانون النموذجي كأساس لسن تشريعات بشأن الوساطة، بما في ذلك، عند الاقتضاء، لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، المعروفة أيضاً باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة».

ب- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لسنة 2019 (اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة):

اعتمدت الجمعية العامة المتابعة لهيئة الأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، التي تُعرف أيضاً باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة» في ديسمبر 2018، وهي تنطبق على اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، وتضع هذه الاتفاقية إطاراً قانونيًّا للوساطة وكذلك تنفيذ لاتفاقات الوساطة.

وتعد هذه الاتفاقية أداة لتيسير التجارة الدولية والترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية. ومن المتوقع منها، باعتبارها صكا دوليا ملزما، أن تضفي اليقين والاستقرار على الإطار الدولي الخاص بالوساطة، مما يساهم في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وقد فتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في 7 غشت 2019 في سنغافورة وبعد ذلك في مقر الأمم المتحدة في نيويورك.

ومما تجدر أن المجلس الوزاري المغربي تحت رئاسة صاحب الملك محمد السادس صادق، بتاريخ 28 يونيو 2021، على انضمام المملكة المغربية لهذه الاتفاقية الأمم

ج- قواعد IBA لسنة 2012 المتعلقة بالوساطة بين المستثمرين والدول:

بدأت الجمعية الدولية للمحامين المعروفة اختصارا ب IBA عملها سنة 2008، من أجل وضع مجموعة من القواعد بشأن الوساطة بين المستثمرين والدول على أساس تبني آلية الوساطة أمام CIRDI آنذاك، وقد أخذت هذه الجمعية في الاعتبار مجموعة من

العناصر من جملتها:

- عدم الإشارة إلى الوساطة في معظم الاتفاقيات الدولية للاستثمار؛
- عدم وجود قواعد خاصة بالوساطة بالنسبة للمنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة؛
- الابتعاد عن قواعد التوفيق في CIRDI التي اعتبرت مشابهة للغاية للتحكيم؛
- نقص عام في الوعي بفائدة الوساطة المحتملة في مجتمع الاستثمار الدولي؛
- عدم وجود مجموعة من الوسطاء المؤهلين؛
- عدم وجود أطر قانونية وطنية مؤهلة بشأن الوساطة.

في أوائل سنة 2011 وضعت اللجنة الفرعية مشروع صياغة القواعد وأنشأت فريق عمل مع العديد من لجان الصياغة التي تم تبنيها سنة 2012 و تم اعتماد الوساطة كآلية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تتعلق بالدول (المادة 1 (1))، كما تم تحديد دور الوسيط بوضوح في المادتين 7 (2) و 8 (2) التي تنص على أنه «لا يجوز للوسيط أن يفرض على الطرفين أي تسوية جزئية أو كاملة للخلافات أو النزاعات [...] الوسيط يجب أن تساعد الأطراف على التوصل إلى اتفاق بشأن تسوية نزاعهم على أساس طوعي يتخذ فيه الطرفان خيارات حرة ومستنيرة وتقرير المصير فيما يتعلق بالعملية والنتيجة «.

وتنتهي مسطرة الوساطة في إحدى الحالات التالية:

- إما عندما يتم التوصل إلى تسوية متفق عليها من خلال إبرام اتفاق بين الطرفين يضع حدا للنزاع؛
- أو بقرار صادر من أحد الطرفين بوقف عملية الوساطة؛
- أو بقرار من الوسيط، بعد التشاور مع الأطراف، في حالة ما إذا كانت التسوية غير ممكنة.

المبحث الثاني: سريان الوساطة الاتفاقية ومآلها:

المطلب الأول: الولوج إلى الوساطة الاتفاقية:

لا تقوم الوساطة باعتبارها عدالة اتفاقية إلا عند اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، في شكل اتفاق الوساطة، سواء كان شرطا أو عقدا الذي.

1. **تعريف اتفاق الوساطة وصوره وشرط قيامه:**

عرف المشرع المغربي اتفاق التحكيم في المادة 87 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية بأنه العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط، يكلف بتسهيل بإبرام صلح لانهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد، ومن ثمة فإن أساس الوساطة هو الاتفاق.

ويمكن إبرام اتفاق الوساطة إما قبل قيام النزاع و يسمى في هذه الحالة شرط الوساطة أو بعد نشوء النزاع ويسمى عقد الوساطة([1])، و في كلتا الحالتين يجب أن يبرم كتابة إما بعقد رسمي أو عرفي و إما بواسطة محضر يحرر أمام المحكمة وإما أمام الوسيط المختار أو بأي وسيلة يتفق عليها الأطراف ([2]).

وإذا كان القانون القديم قد اشترط في عقد الوساطة، تحت طائلة البطلان، تحديد موضوع النزاع وكذلك تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه، فإن القانون الجديد لم يشترط في عقد الوساطة سوى تحديد موضوع النزاع، ونفس الأمر نجده بالنسبة لشرط الوساطة، إذ أن المشرع لم يشترط، تحت طائلة البطلان، سوى أن يحرر كتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة تحيل عليه دون ضرورة تعيين الوسيط أو طريقة تعيينه.

كما حدد المشرع المغربي في الفصل 65-327 من قانون المسطرة المدنية مدة مهمة الوسيط في 3 أشهر تبتدأ من تاريخ قبول الوسيط مهمته، وهذه المدة قابلة للتمديد باتفاق الأطراف.

---

(1) جاء في المادة 88 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:
«يمكن إبرام اتفاق الوساطة:
- بعد نشوء النزاع، ويسمى «عقد الوساطة» ؛
- قبل نشوء النزاع بالتنصيص عليه في العقد الأصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد، ويسمى «شرط الوساطة».

(2) جاء في المادة 89 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:
يجب أن يبرم اتفاق الوساطة كتابة بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر يحرر أمام المحكمة المختصة، وإما أمام الوسيط المختار، أو بأب وسيلة أخرى يتفق عليها الأطراف.
يعتبر اتفاق الوساطة مبرما كتابة، إذا ورد في وثيقة موقعة من لدن الأطراف أو في رسائل متبادلة أو برقيات أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال المكتوبة تثبت وجوده، أو بموجب رسائل الكترونية معدة وفقا للنصوص القانونية الجاري بها العمل، أو بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الأطراف أمام الوسيط وجود اتفاق وساطة دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك.
ويعد في حكم اتفاق الوساطة المبرم كتابة، كل إحالة صريحة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرط وساطة، إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد».

2. الأثر السلبي لاتفاق الوساطة:

يترتب عن اتفاق الوساطة أثر سلبي في مواجهة محاكم الدولة إذ أنه في حالة ما إذا عرض نزاع أمام محكمة الدولة متفق بشأنه على الوساطة، يجب على الطرف المدعى عليه الدفع بوجود اتفاق الوساطة، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة التصريح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

أما إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الوسيط فإن المحكمة تصرح كذلك بعدم القبول، في حالة ما إذا تمسك المدعى عليه بوجود اتفاق الوساطة، ما لم يكن اتفاق الوساطة باطلا بطلانا واضحا.

و في هذا الصدد صدرت مجموعة من الأحكام القضائية في المغرب التي صرحت بعدم القبول لوجود اتفاق الوساطة، من بينها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 03/03/2015 ([1]).

و على خلاف الأمر بالنسبة للتشريع المغربي فإن المشرع الألماني لم ينص صراحة على تخلي المحكمة عن النظر في النزاع عند وجود اتفاق الوساطة، غير أنه و من خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الفيدرالية يتبين أن الاتجاه الغالب يعتبر أن اللجوء إلى المحكمة يجب أن يكون في المرحلة الأخيرة بعد فشل مسطرة الوساطة ([2]) كما اعتبر القضاء الألماني اللجوء إلى المحكمة على الرغم من وجود اتفاق الوساطة يعتبر سابقا لأوانه وقضت بذلك المحكمة بعدم

---

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 03/03/2015 في الملف عدد 748/1501/2015 (الحكم غير منشور).

(2) Federal Supreme Court, NJW 1977, p. 2263; NJW 1984, p. 669; NJW 1999, p. 647; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, p. 13; Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, § 3, para. 22.

القبول مؤقتا ([1]) و لا يمكن للمحكمة أن تصرح بعدم القبول إلا في حالة تقديم تعرض من قبل الجهة المدعى عليها و ذلك قبل مناقشة الموضوع([2])، و بالتالي يترتب عن وجود اتفاق الوساطة تتنازل الأطراف عن حقها في اللجوء إلى محاكم الدولة([3]).

3. الدفع باتفاق الوساطة:

كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه في حالة ما إذا عرض نزاع متفق في شأنه على الوساطة أمام محكمة الدولة، فإنه يجب على القاضي التصريح بعدم القبول، وهو الدفع الذي يجب أن يتمسك به المدعى عليه ولا يجوز للقاضي التصريح بعدم القبول تلقائيا.

4. تقدير قاضي الدولة لحالة البطلان:

بالرجوع إلى المادة 93 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ([4]) فإنه يتعين على المحكمة التصريح بعدم قبول الدعوى عندما يعرض أمامها نزاع موضوع اتفاق الوساطة،

---

(1) Federal Supreme Court, NJW 1977, p. 2263; NJW 1984, p. 669; NJW 1999, p. 647; Bavarian Supreme Court, NJW- RR 1996, p. 910; Regional Appeal Court Celle, NJW 1971, p. 288; Regional Appeal Court Oldenburg, VersR 1981, p. 369; Regional Appeal Court Zweibrücken, ZMR 1986, p. 63; Regional Appeal Court Oldenburg, MDR 1987, p. 414; Regional Appeal Court Köln, MDR 1990, p. 638; Regional Appeal Court Düsseldorf, Regional Appeal Court Report Düsseldorf 1992, p. 236; Regional Appeal Court Brandenburg, AnwBl. 1998, 281; Regional Appeal Court Frankfurt a.M., NJW- RR 1998, p. 778; Regional Appeal Court Düsseldorf, judgment dated 17. 10. 2000 – 21 U 30/00; Regional Court Münster, DStRE 2001, p. 614. Only the Regional Appeal Court Düsseldorf (ZfgG 25 [1975], p. 228 at 230) dismissed once the action as being unfounded.

(2) Federal Supreme Court, NJW 1977, p. 2263; NJW 1984, p. 669; NJW 1999, p. 647.

(3) Fabian M. Friedrich : « The enforceability of mediation clauses – The approach of English and German courts and ICC arbitral tribunals », SchiedsVZ | German Arbitration Journal (Risse, Pickrahn and Bredow (eds); Jan 2005, p. 250- 254.

(4) جاء في الفصل 64- 327 من قانون المسطرة المدنية ما يلي:

«يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق وساطة وفقا لمقتضيات هذا الفرع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

إذا كان الوسيط لم يعرض عليه النزاع بعد، وجب على المحكمة أيضا أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن اتفاق الوساطة باطلا بطلانا واضحا.

لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول.

في الحالة الثانية، يجوز لها أن تحدد بطلب من الطرف الذي رفع الأمر إليها الأجل الأقصى الذي يجب أن تبدأ فيه الوساطة تحت طائلة بطلان الاتفاق.

غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات، وذلك عندما يكون اتفاق التحكيم باطلا.

و نظرا لقلة و ندرة الأحكام القضائية الصادرة في مادة الوساطة و لا سيما النقطة المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم، فإننا سنحاول الاستئناس بموقف القضاء فيما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، إذ و من خلال الاطلاع على الأحكام القضائية يتضح أن البطلان الواضح هو البطلان الجلي الذي لا لبس فيه و لا يثير وجوده أي شك ([1])، وتقوم فكرة البطلان الجلي على استعمال فكرة الظاهر، و بمفهوم المخالفة فإن اتفاق الوساطة الذي تكون صحته ظاهرة وجلية لن يكون أبدا ظاهر البطلان، و من ثم فالبطلان الظاهر هو البطلان الذي يفرض نفسه بوضوح([2])، وبالتالي فإن اتفاق الوساطة يكون باطلا عندما لا ينازع أحد في بطلانه.

و يتبين من خلال الاطلاع على موقف القضاء من وجود البطلان الموجب لقيام الاختصاص القضائي، أنه تبنى تفسيرا ضيقا و محدودا للبطلان الظاهر، و في هذا الاطار فقد اعتبر القضاء أن التنصيص في اتفاق التحكيم على بعض المقتضيات لا يعتبر بطلانا واضحا، كتنصيصه على إمكانية مخالفة المحكمين قواعد النظام العام ([3])، أو تنصيصه على عدم إخضاع المحكمين لأية قاعدة أو أجل محدد في القانون ([4]).

كما أن التفسير الضيق للبطلان، لا يتوقف عند تنصيص اتفاق التحكيم على بعض المقتضيات، بل إنعدم تحديده لإجراءات تعيين المحكَم أو المحكَمين لا يعتبر باطلا([5])،ما دام أنه من الممكن تجاوز ذلك، من خلال لجوء أطراف التحكيم إلى قضاء الدولة في أفق تعيين هيئة التحكيم.

(1) - Ph. Fouchard : « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. Arb. 1985, p. 27.

(2) - حسام الدين فتحي ناصف: «قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم و قيود تطبيقها»، م.س، ص: 118.

(3) C. Cass., ch. civ. 1ère, 6 juill. 2005 nos 04- 10455, 04- 10456, 04- 10457

(4) C. Cass., ch. civ. 1ère, 7 juin 2006, note P. Rouche, Rev. arb., 2007.545,.

(5) - C.A. Paris, 23 oct. 2008, obs. Th. Clay, Rec. D., 2009.2959,.

ونرى أن التفسير الضيق الذي تبناه القضاء للبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم يدفع نحو منح هذا الاتفاق الفعالية اللازمة لترتيب أثره السلبي المتمثل في منع قضاء الدولة من النظر في النزاع المتفق في شأنه على التحكيم لفائدة الوسيط.

5. التزامات الوسيط ومسؤوليته:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن الوساطة، و على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، يمكن أن تعهد إلى شخص ذاتي أو اعتباري ([1])، و هو نفس المقتضى نصت عليه المادة 1532 من قانون المسطرة الدنية الفرنسي([2])، غير أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد نص في ذات المادة على أنه في حالة ما إذا كان الوسيط شخصا معنويا فإنه يقوم، بالاتفاق مع الأطراف، على تعيين شخص طبيعي يقوم بمهمة الوساطة، فإن المشرع المغربي لم ينص على ذلك مما قد يفيد أن الوساطة يمكن أن تمارس بواسطة شخص معنوي، و هو الأمر الذي يثير الاستغراب، خاصة أن طبيعة الشخص المعنوي لا تستقيم مع طبيعة المهام الموكولة للوسيط.

واشترط المشرع المغربي في الوسيط الشخص الذاتي أن يكون كامل الأهلية ولم يسبق أن صدر ضده «حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة، أو كان موضوع عقوبة تأديبية انتهت بعزله من وظيفة رسمية، أو بإحدى العقوبات المالية المنصوص عليها في القسم السابع من الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو حق من حقوقه المدنية».

(1) جاء في الفقرة 1 من المادة 97 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:
«يعهد بالوساطة إلى شخص ذاتي أو شخص اعتباري».

(2) L'article 1532 du CPC dispose que :
« Le médiateur peut être une personne physique ou morale.
Lorsque le médiateur est une personne morale, il désigne, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation ».

وبمجرد تعيين الوسيط، فإنه يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات، من بينها الاستقلالية والحياد والنزاهة والتجرد، وهي الالتزامات التي يتعين أن تتوفر فيه من تاريخ قبول المهمة المسندة إليه، وهو القبول الذي يتعين على الوسيط إخبار الأطراف به بكل الوسائل المتاحة.

كما أن الوسيط يلتزم بعدم التخلي عن المهمة الموكولة إليه في حالة قبولها إلا باتفاق لأطراف الأطراف أو انصرام أجل 3 أشهر المحددة أعلاه دون إبرام صلح أو بأمر من القاضي.

بالإضافة إلى مسؤولية الوسيط المدنية المترتبة عن الالتزامات السابقة، فإن الوسيط يكون مسؤولا مسؤولية جنائية في حالة ما إذا خالف المقتضيات القانونية المنصوص عليها في القانون الجنائي الخاصة بكتمان السر المهني.

ثانيا: سريان مسطرة الوساطة وصدور وثيقة وقوع الصلح او عدم وقوعه:

1. سريان مسطرة الوساطة:

بمجرد قبول الوسيط للمهمة الموكولة له يبدا في إجراءات الوساطة وذلك من خلال الاستماع إلى الأطراف المتنازعة والمقارنة بين وجهات نظرها وذلك بغية تمكينهم من إيجاد حل للنزاع، كما يمكن للوسيط الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك بالإضافة إلى إمكانية الأمر إلى بإجراء خبرة التي من شأنها المساعدة على التوصل إلى حل.

2. صدور وثيقة بوقوع الصلح أو عدم وقوعه:

تنتهي مسطرة الوساطة في إحدى الحالتين التاليتين:

- في حالة وقوع صلح فإن الوسيط يقترح على الأطراف مشروع صلح أو بيانا عن الأعمال التي قام بها الذي يتم تحريره في وثيقة صلح تتضمن مجموعة من الشكليات من أهمها العناصر التي تم الاتفاق عليه بالشكل الذي حدا للنزاع، وهي الوثيقة التي يوقعها الوسيط والأطراف المتنازعة ويكتسي هذا الصلح قوة الشيء المقضي به.

وبناء على هذه الوثيقة فإن الأطراف تكون ملزمة بتنفيذ مضمونها غير أنه في حالة ما إذا تعنتت أحد الأطراف عدم التنفيذ يمكن للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة من أجل تذييلها بالصيغة التنفيذية، لتبتدأ بعد ذلك إجراءات التنفيذ الجبري.

- أما في حالة عدم وقوع الصلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم للأطراف وثيقة عدم وقوع الصلح الموقعة من قبله وحده فقط، على خلاف الأمر عند وقوع الصح، وفي هذه الحالة فإنه يمكن لأي من الطرفين اللجوء إلى قضاء الدولة أو قضاء التحكيم، من أجل النظر في النزاع الذي كان موضوع اتفاق الوساطة، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم إذ بصدور الحكم التحكيمي كيف ما كانت نتيجته لا يمكن لأي من الطرفين اللجوء مرة أخرى إلى المحكمة للنظر في النزاع الذي كان موضوع اتفاق التحكيم.

خلاصة:

نظرا للانتقادات التي أصبحت توجه إلى القضاء الرسمي في الدولة بكونه قضاء يتسم بطول المساطر والإجراءات و تعدد درجات التقاضي و تشعبها و كذلك الانتقادات الموجهة حتى بالنسبة لمسطرة للتحكيم التي خرجت عن الهدف و الغرض من تنظيمها و هو السرعة و التخصص لتسقط في براثين الشكلية، فإن التوجه الغالب في الميدان التجاري و لا سيما على المستوى الدولي أصبح يتوجه نحو تبني آلية الوساطة لاتصافها بالسرعة و المرونة و عدم الشكلية، غير أن التدخل التشريعي، كما هو الحال في المغرب، الرامي إلى تنظيم هذه الآلية يثير مجموعة من الملاحظات التي يمكن إجمالها في أن الوساطة تتجه نحو الشكلية و تغليب الطابع الاجرائي عليها، الأمر الذي يدفعنا إلى ضم صوتنا إلى صوت بعض الفقه الفرنسي (1) الذي يعيب هذا التدخل التشريعي لعلة أن الوساطة هي منتوج خاص بالأطراف المتنازعة و أن الوساطة تقوم على أساس شخص الأطراف وليس على وقائع النزاع، و ذلك على الرغم من أن المشرع الفرنسي، على خلاف الأمر في المغرب، لم يخصص للوساطة في تنظيمه القانوني سوى 4 مواد (من 1532 إلى 1535 من قانون المسطرة المدنية).

(1) Jean –Philippe Tricoit : » Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », revue de l'arbitrage, 2012- 1, p. 157- 198.

XI. الوسـاطة الاتفاقيـة فـي ضـوء القانـون رقـم 95.17

من إعداد: د. عبد السلام إدريسي
أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي جامعة محمد الخامس الرباط
رئيس المحكمة الدولية للوساطة والتحكيم

تعتبر الوساطة عملية لحل النزاعات تسمح للأطراف المتنازعة بالعمل معا لإيجاد حل مقبول من قبل جميع الأطراف، بمساعدة طرف ثالث يسمى الوسيط، بعيدا عن إعلان الخصومة أو عرضها على القضاء. وقد أصبحت الوساطة، في مجال القانون المدني والتجاري والإداري والبنكي، شائعة بشكل متزايد في السنوات الأخيرة، على اعتبار أنها وسيلة أسرع وأقل تكلفة وأقل توترا لحل الخلافات. ويشكل اللجوء إلى الوساطة بشكل عام ظاهرة تعبر عن تغير في المنهج والطريقة التي يدار بها النزاع، وبديلا عن الدخول في معارك قانونية طويلة زمنيا ومكلفة ماديا، وتنبني عملية الوساطة على فرضية أنه يمكن للأطراف المتنازعة تحسين علاقاتها والتعاون فيما بينها[1] من اجل بناء حل قائم على التراضي والتوافق.

وقد اعترفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة اختصارا بالأونسيترال بما للوساطة من قيمة باعتبارها وسيلة للتسوية الودية للمنازعات التي تنشأ في

(1) - » لقد أصبحت الوساطة من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات، وهي تعرف إقبالا متزايدا، بحيث أصبح التحكيم بدوره لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد طريق الوساطة. وترجع فعالية الوساطة إلى أن هدفها ليس هو تحديد من يربح ومن يخسر (الطرفان معا رابحان)، ولكن هدفها هو وضع حلول مبتكرة للنزاع بشكل لا يتوافر عند المحاكمة، فهي ترمي إلى حل النزاع أو تجنبه كما أنها تساعد في إعادة بناء العلاقات والحفاظ على استمراريتها في المستقبل، كما أن من آثارها الاجتماعية ترسيخ ثقافة الحوار والتعايش والبعد عن الخصومة». عبد المجيد أغميجة، نظام الوساطة لاتفاقية بالمغرب، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 4، السنة 2017، ص -119 120.

سياق العلاقات التجارية الدولية، وهو ما أدى إلى اعتمادها لقواعد الأونسيترال للتوفيق سنة 1980، التي تضمنت جملة من القواعد المسطرية الموحدة على المستوى الدولي لحل المنازعات التجارية بالوساطة[1]، ثم تلاها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، ثم عدل لاحقا بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لسنة 2018[2]، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة المعروفة باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة»[3].

وعلى المستوى الوطني، ووفقًا للتوجيهات الملكية السامية التي صدرت في الخطاب الملكي بتاريخ 20 أغسطس 2009 بمناسبة الذكرى الـ 56 لثورة الملك والشعب، أكد جلالته على: «ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة مثل الوساطة والتحكيم والصلح». وأيضا في رسالته السامية الموجهة للمشاركين في الدورة الأولى لمؤتمر العدالة الذي انعقد في مراكش في الفترة من 2 إلى 4 فبراير 2018، إضافة إلى الرسالة التي وجهها للمشاركين في الدورة الثانية للمؤتمر المنعقد في مراكش في الفترة من 21 إلى 22 أكتوبر 2019، حيث رسالة جلالته : « «سبق أن أكدنا في خطابنا بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب لسنة 2009 على ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح ، وهي التوجيهات التي ضمناها رسالتنا لمؤتمركم هذا في دورته الأولى ، حيث دعونا فيها إلى مأسسة الوسائل البديلة لحل المنازعات «. وبمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشرة يوم الجمعة 14 أكتوبر 2022، حث جلالة الملك على ضرورة تفعيل اليات التحكيم والوساطة، حيث جاء في الخطاب

(1) - قواعد الأونسيترال للتوفيق (1980)، تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط: uncitral.un.org بتاريخ 21 مارس 2023 (17:30).

(2) - قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2004، تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط: uncitral.un.org بتاريخ 21 مارس 2023 (18:00).

(3) - تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط: uncitral.un.org بتاريخ 21 مارس 2023 (18:15).

الملكي السامي:»ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج، ندعو لتعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات في هذا المجال.»

وفيما يخص التشريع الوطني، فقد تبنى المشرع المغربي مؤسسة الوساطة من خلال الفصول من -55 327 إلى -69 327 من المسطرة المدنية بمقتضى التعديل الذي شملها بموجب القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس[1]، وتم نسخ هذه المقتضيات بموجب القانون رقم 95.17 مؤرخ في 23 رمضان 1443 (24 ماي 2022) المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية[2] حيث تم تنظيم هذه المؤسسة بالمواد من 86 إلى 102.

وكان القانون رقم 08.05 الملغى يعرف اتفاق الوساطة من خلال الفصل -56 327 بأنه «العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد»، وهو ذات التعريف الذي احتفظ به القانون رقم 95.17، ويعتبر هذا التعريف متوافقا مع التعريف الذي ساقته اتفاقية سنغافورة التي جاء فيها ان الوساطة هي «أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين («الموفِّق»)، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة. ولا يكون للموفِّق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين».

تكمن أهمية موضوع الوساطة الاتفاقية في كون هذه الوسيلة تعتبر من أهم اليات العدالة المرنة المتجذرة في السلوك البشري، وباعتبارها مؤسسة قانونية واجتماعية مهمة

(1) الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894؛
(2) ج.ر عدد 7099 بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022) ص 3579.

من شأن تنظيمها وتفعيلها، تطوير أدائها في تسوية المنازعات أولا، والتخفيف على القضاء ثانيا، واختصار الزمن والكلفة القضائية وثالثا الحفاظ على العلاقات الودية بين الأطراف المتخاصمة.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي، من خلال إصداره للقانون رقم 95.17 يتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الاستجابة لمتطلبات المعاملات التي تمتاز بالسرعة والتطور الدائم، هذه الإشكالية ستتم مقاربتها من خلال إبراز شروط إنشاء عقد الوساطة (أولا) ثم المقتضيات التي تمنح لعقد الصلح الناتج عن عملية الوساطة قوة نفاذ (ثانيا).

أولا. شروط اتفاق الوساطة

يتخذ اتفاق الوساطة صورة العقد أو الشرط، ويقتضي إنشاء العقود بشكل عام، وعقد الوساطة أو شرط الوساطة بشكل خاص، ضرورة احترام شروط شكلية (أ) وأخرى موضوعية (ب).

1. الشروط الشكلية

حددت المادة 87 من القانون رقم 95.17 تعريفا لاتفاق الوساطة والذي من خلاله يستشف أن الأمر يتعلق بعقد، حيث جاء في هذه المادة أن « اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط، يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد»، ويعتبرهذا العقد من العقود الشكلية، على اعتبار أن المادة 89 من ذات القانون قد حدد الشكلية في الكتابة[1]، إلا أنها لم تحصرها في وسيلة معينة،

(1) وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 18 مارس 2008 في الملف عدد 1146/1/2008 ما يلي: «حيث لئن أجاز المشرع في الفصل 55-327 للأطراف الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع فإن الفقرة 62 من نفس الفصل اشترطت تحرير شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه وأن يتضمن إما تعيين الوسيط أو الوسطاء وإما التنصيص على طريقة تعيينهم.
وحيث أن الطالب لم يدل بعقد الوساطة ولا ما يفيد اتفاق الأطراف على عرض النزاع على وسيط معين أو اتفاقهم على تعيين السيد(...) وسيطاً إذ أن عقد الوساطة الذي يتم بمقتضاه تعيين الوسيط هي الوثيقة التي يستمد منها هذا الأخير صلاحيته المتمثلة في تسهيل إبرام صلح لإنهاء النزاع مما يبقى معه الطلب مخالفاً لمقتضيات الفصل 62-327 من ق.م.م ويتعين التصريح برفضه».

ذلك أن هذه المادة تسمح بأن يتم إفراغ إرادة الأطراف سواء في عقد رسمي أو عرفي أو في محضر يحرر أمام المحكمة المختصة التي يكون النزاع معروضا عليها أو أمام الوسيط المتفق عليه من الأطراف أو «أية وسيلة أخرى يتفق عليها الأطراف» وفق تعبير المادة. وعلى هذا الأساس فإن شكلية الكتابة هي شكلية انعقاد ويترتب على انتفاء هذا الشرط بطلان اتفاق الوساطة وفق ما نصت عليه المادة 89 و91 من القانون رقم 95.17[1]. وغاية المشرع من إقرار إلزامية الكتابة تحصين وحماية الأطراف وتمكينهم من آلية ناجعة للإثبات في حالة النزاع[2].

وقد أخذ المشرع بالمفهوم المرن والواسع لشرط الكتابة، وذلك تماشيا من التطور التكنولوجي وعامل السرعة الذي يطبع المعاملات بشكل عام، وبشكل خاص المعاملات التجارية. وهكذا، يمكن أن يتحقق شرط الكتابة إذا كان قد تم في شكل اتفاق رسمي أو عرفي كما يمكن ان يتحقق بورود هذا الاتفاق في دعامات ورقية أو رقمية، حيث تتمثل الأولى في أية وثيقة موقعة من لدن الأطراف أو رسائل متبادلة أو برقيات أو المذكرات المتبادلة في المحاكم التي يدعي فيها أحد الأطراف أمام الوسيط وجود اتفاق وساطة دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك. وتتمثل الثانية في وسائل الاتصال المكتوبة من ضمنها الرسائل النصية، وتلك الموجهة عبر البريد الالكتروني معدة وفقا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود[3].

وكذلك يعتبر بمثابة اتفاق الوساطة المبرم كتابة، الإحالة الصريحة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرط وساطة، إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

(1) تنص المادة 91 من القانون رقم 95.17 على ما يلي:» يجب، تحت طائلة البطلان، أن يحرر شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل على شرط اللجوء إلى الوساطة، وأن يشير صراحة إلى أن الأمر يتعلق بالوساطة الاتفاقية الخاضعة لمقتضيات هذا القسم».
(2) كريم دحماني، الوساطة الاتفاقية لفض النزاعات التجارية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 5، الطبعة الأولى، 2011، صفحة 41.
(3) المادة 89 من القانون رقم 95.17.

وفي هذا الصدد فإن إبرام اتفاق الوساطة بالوسائل الالكترونية قد خصه المشرع بتنظيم خاص[1]، وكرسه القضاء بما يتماشى مع متطلبات عولمة الاقتصاد، حيث جاء في قرار محكمة النقض عدد 1687 بتاريخ 26 دجنبر 2013 في الملف عدد 1628/5/2/2012 أن «التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وقبول التعبير عنه بوسيلة إلكترونية له أثر يلزم طرفي العقد، فمطالبة الأجير بالعمولة المحددة بالعقد الالكتروني دليل على قبوله ما دام العقد الالكتروني لا يعدو أ ن يكون عقدا عاديا لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي انعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة».

وفي ذات الاتجاه جاء في قرار محكمة النقض عدد 521 بتاريخ 9 ماي 2017 في الملف عدد 2390/5/1/2016 أنه « من المقرر أن الوسائل الالكترونية تعتبر وسيلة إثبات أمام القضاء ما لم يثبت عكسها. والمحكمة لما ردت تسجيلات الصوت والصورة المدلى بها من طرف المشغلة، واعتبرت أن الفصل الذي تعرضت له الأجيرة متسما بالتعسف تستحق عنه التعويض، بعلة أن الأجيرة أثبتت بواسطة محضر معاينة أنها رجعت إلى العمل ومنعت من طرف المشغلة، وأن التسجيل المتعلق بالموافقة على الرجوع إلى العمل شريطة الاعتذار، يعد امتناعا من إرجا ع الأجيرة إلى العمل لكونه مقيد بشرط الاعتذار، وأن الإنذارات الموجهة إلى الأجيرة كانت بعد تاريخ منعها من الرجوع إلى العمل، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا».

إن اتفاق الوساطة يمنع الأطراف المتنازعة مؤقتا من ممارسة حقهم في اللجوء الى القضاء[2]، ونظرا لخطورة هذا الأثر المترتب عن هذا الاتفاق، جعل المشرع من شرط الكتابة شرطا أساسيا لوجوده، وفي نفس الوقت اعتمد مرونة كافية لتحقق هذا الشرط

(1) - ظهير شريف رقم -100 -20 1 صادر في 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020) بتنفيذ القانون رقم -20 43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية.

(2) تنص المادة 93 من القانون 95.17 على أنه « يمنع على المحكمة المختصة النظر في نزاع كان موضوع اتفاق وساطة الى حين انتهاء مسطرة الوساطة او بطلان اتفاق الوساطة، ويجب عليها التصريح بعدم قبول الدعوى إذا أثير الدفع امامها بوجود اتفاق وساطة من أحد الأطراف، ما لم يكن الاتفاق باطلا.
...»

من خلال التوسع في اشكاله لتتناسب مع التوجه الذي حذته الاتفاقيات الدولية لاسيما اتفاقية سنغافورة المذكورة، كما ساير التوجه الذي تبناه القانون النموذجي اليونسترال، ومن شأن ذلك مسايرة تطور المعاملات لاسيما الالكترونية منها.

2. الشروط الموضوعية

يتخذ اتفاق الوساطة اما صورة الشرط أو العقد[1]، وإن كان شرط الوساطة يخضع، بالإضافة الى شرط الكتابة، الى الشروط الموضوعية العامة لإبرام العقود، من أهلية ورضى ومحل وسبب، فإن عقد الوساطة، وبالإضافة الى تحقق شرط الكتابة والشروط الموضوعية العامة، ألزم المشرع من خلال المادة 90 من القانون رقم 95.17 أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع وذلك تحت طائلة البطلان. ويترتب عن تحديد موضوع النزاع في عقد الوساطة، عقل سلطة الوسيط في حدود موضوع النزاع دون ان تتجاوز سلطته الى المواضيع الاخرى التي لم يتفق الأطراف على حلها عن طريق الوساطة، حتى ولو كانت هذه المواضيع مرتبطة بنفس العقد. ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على حل خلاف متعلق بتفسير بند من بنود العقد الذي يجمعهم عن طريق الوساطة، فحتى لو كان هناك خلاف متعلق بالتنفيذ أو بالفسخ أو الانهاء أو غيره مرتبط بنفس العقد فإنه يخرج عن سلطة الوسيط، إذ لا يمكن لهذا الأخير ان يبسط سلطته في إدارة الوساطة على أي من هذه المواضيع طالما ان إرادة الأطراف لم تعبر ولم تعلن عن رغبتها في ذلك.

ويمكن أن يكون موضوع عقد الوساطة عاما بأن يمنح صلاحية للوسيط بأن يتدخل في جميع النزاعات القائمة بين أطراف عقد الوساطة بغض النظر عن الترابط الذي يمكن أن يكون بينها، وفي هذه الحالة يتعين على أطراف النزاع حصر هذه المواضيع في عقد

(1) يمكن إبرام اتفاق الوساطة:
- بعد نشوء النزاع، ويسمى «عقد الوساطة »؛
- قبل نشوء النزاع بالتنصيص عليه في العقد الاصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد، ويسمى «شرط الوساطة» ؛
- أثناء مسطرة جارية أمام القضاء، وفي هذه الحالة يرفع تحت طائلة البطلان، من لدن الطرف الاكثر استعجالا، في أجل ال يتعدى سبعة (7)أيام بعد إبرامه، إلى علم المحكمة المختصة التي تصرح بالإشهاد على اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى الوساطة.

الوساطة، وتنحصر سلطة الوسيط في المواضيع المتفق عليها دون سواها من المواضيع الخلافية القائمة أو المحتمل قيامها.

ويشترط في موضوع النزاع أن يكون من المواضيع التي يجوز فيها الصلح، فوفقا للفقرة الثانية من المادة87 من القانون رقم 95.17[1] يمكن للأشخاص، من ذوي الاهلية الكاملة، سواء كانونا ذاتيين أو اعتباريين، أن يبرموا اتفاق وساطة في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، مع التقيد بمقتضيات المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود[2]، والمسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح، ولا يجوز ابرام عقد الوساطة الا مع مراعاة التحفظات او الشروط او الحدود المقررة لصحة الصلح بموجب الفصول من 1099 الى 1104 من القانون المذكور.

وينص الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود على أن «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون».

وتعتبر من المواضيع المستثناة من نطاق تطبيق الصلح ما نصت عليه المواد من 1100 الى 1102 من قانون الالتزامات والعقود، وهي المواضيع المتعلقة بالحالة الشخصية[3] أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة، كما لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم. غير أنه يجوز الصلح على الأموال او الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة الى الطرفين. كما لا يجوز الصلح في حق النفقة باستثناء طريقة أدائه او

---

(1) نفس هذا المقتضى كانت تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 56 – 327 من قانون المسطرة المدنية.
(2) الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.
(3) ملف رقم: 71801 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 21/05/1991.»قضية: (ح , ص) ضد (د , ب) .عودة الولد المكفول – لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية – سماع رأي الولد المميز – إجراء جوهري يجب احترامه قبل الحكم – المادة 461 من القانون المدني , والمادة 124 من قانون الأسرة «

أداء اقساطه التي استحقت فعلا.

وإذا كان شرط تحديد موضوع عقد الوساطة من الشروط الأساسية لقيام هذا الأخير، فإن الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون رقم 95.17 تثير التساؤل حول ما إذا كانت تسمية الوسيط من شروط قيام عقد الوساطة، حيث نصص المشرع من خلالها على أنه «إذا رفض الوسيط المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، جاز للأطراف الاتفاق على وسيط آخر، وإلا اعتبر العقد لا غيا.» وتعتبر هذه الصياغة اقل وضوحا مما كانت عليه في نص الفصل 60- 327 من القانون المسطرة المدنية المعدل بموجب القانون 05.08 الملغى،[1] والتي كانت تنص بشكل صريح على شرط تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه كشرط من الشروط الموضوعية الخاصة لقيام عقد الوساطة.

لقد رتب المشرع على رفض الوسيط المهمة المسندة اليه بموجب عقد الوساطة اعتبار هذا العقد لاغيا، ولعله راعى في ذلك حماية إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار وسيط معين بذاته لاعتبارات قد تكون شخصية مرتبطة بالسمعة أو الكفاءة أو النزاهة او لمركز الوسيط الاجتماعي او صفته، ومن شأن رفض الوسيط لهذه المهمة ان يؤثر في وجود عقد الوساطة.

وإن كان هذا التوجه الذي سلكه المشرع قد راعى احترام إرادة الأطراف في التركيز على شخص الوسيط إلا إنه، في نظرنا، لا يرقى الى الدفع بتكريس مؤسسة الوساطة كألية لفض المنازعات، فإرادة الأطراف اختارت حل منازعاتها عن طريق الية الوساطة، وبالتالي كان ينبغي التركيز على المؤسسة في حد ذاتها من اجل تكريسها وتفعيلها وتطوير أدائها في حل المنازعات بين الأشخاص داخل المجتمع.

(1) ينص الفصل 60 – 327 من القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.» يجب أن يتضمن عقد الوساطة تحت طائلة البطلان:
-1 تحديد موضوع النزاع؛
-2 تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه.»

كما نرى أنه كان على المشرع اعتبار رفض او وفاة او فقدان أهلية الوسيط بمثابة صعوبة يمكن تجاوزها بعرضها على رئيس المحكمة المختصة في إطار اختصاصه الولائي، شرط أن يلتزم هذا الأخير باختيار وسيط يستجيب للشروط التي حددها أطراف عقد الوساطة، وبذلك نعتبر ان اللجوء الى الوساطة هو اختيار لمؤسسة قانونية لفض المنازعات لما تتمتع به من مزايا كالسرية والمرونة والسرعة وليس العكس.

إن المشرع من خلال المادة 90 من القانون 95.17 لم ينص بشكل صريح على شرط تعيين الوسيط او تحديد طريقة تعيينه في عقد الوساطة، وبذلك يكون لأطراف النزاع الحرية في تعيينه اما في عقد الوساطة او في ملحق له او في اتفاق مستقل، ولا يمكن، استنادا الى المادة 90 من القانون المذكور، اعتبار هذا الشرط ركنا من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الوساطة. وحتى لو سلمنا بهذه النتيجة، فإن المشرع من خلال المادة 90 رتب على رفض الوسيط للمهمة الموكولة له من أطراف عقد الوساطة، وفي ظل رفضهم الاتفاق على تعيين شخص اخر لتولى مهمة الوسيط، جزاء قانونيا خطيرا متمثل في الغاء عقد الوساطة.

ثانيا. حجية مقرر الوساطة

يخضع صدور مقرر الوساطة من لدن الوسيط المعين بمقتضى اتفاق الوساطة لمجموعة من المقتضيات التي تسعى إلى توفير الحماية لأطراف اتفاق الوساطة (أ) والتي تكفل لعقد الصلح الناتج عن الوساطة قوة النفاذ (ب) وتشجع بذلك على صناعة حل بديل عن الحكم القضائي.

1. مسطرة الوساطة وبلورة الحل

تسمح عملية الوساطة للأطراف بالاتفاق على حلول يصعب تحقيقها من خلال

اتباع المسلك القضائي العادي، وحتى في مسطرة التحكيم، ويمكن أن يكون الحل الذي تفضله الأطراف في النزاع الذي نشأ بينهم أو من الممكن أن ينشأ رهين باتباع مسطرة الوساطة، وفي المقابل من ذلك، فإنه قد يكون من الصعب في الكثير من الأحيان أن يتم تأسيس ادعاء على أساس قانوني يسمح باللجوء إلى القضاء[1]، لهذا فنجاح المراحل اللاحقة مرتبط بمرحلة بلورة الحل الذي يؤسس لعقد الصلح ، وبما يبديه الأطراف من استعداد في الدخول في هذه الإجراءات بحسن نية، وتوافقهم على خطة عمل مشتركة بينهم والتي ستؤطر المراحل اللاحقة بدءا بالدخول الفعلي في المفاوضات[2].

إن رغبة أطراف النزاع تكمن في إيجاد حل عادل، والعدالة كقيمة ليس بالضرورة أن تتحقق من خلال سلوك الدعوى القضائية او التحكيمية، فالعدالة مفهوم نسبي لا يعني دائما تحقيق التوازن المطلق بين الحق والالتزام. وقد تشكل العدالة المرنة الرضائية أو التصالحية ارقى القيم الإنسانية، لما لها من وقع على نفسية اطراف النزاع، خاصة وان هذه العدالة يتم صناعتها بإرادتهم بتوجيه او بمساعدة الوسيط[3].

ويؤدي الوسيط دورا هاما في إنجاح عملية الوساطة وبلورة الحل، ويلتزم في ذلك باحترام المدة التي حددها اطراف النزاع في عقد الوساطة، حيث يمارس الوسيط مهمته ضمن الحيز الزمني المحدد لعملية الوساطة والذي لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مهمته، وهذه المدة يمكن تمديدها باتفاق يبرم وفق نفس الشروط بين الأطراف ودون أن يتجاوز مجموع مدد التمديد ثلاثة أشهر اضافية[4]. ويقبل

(1) - Note d'orientation sur la médiation, commission de l'arbitrage et ADR, publication de commission de l'arbitrage et ADR, mars 2018, p 5.

(2) - Jacqueline Lavorel : Les modes de solution pacifique des conflits collectifs de Travail en droit positifs année 1961 p146.

(3) يمكن ان يعهد بالوساطة الى شخص ذاتي او شخص اعتباري على العكس من التحكيم الذي لا يمكن ان يعهد به الا للأشخاص الذاتيين المادة 97 من القانون 95.17.

(4) المادة 94 من القانون رقم 95.17.

الوسيط مهمته بتبليغه للأطراف بذلك بكل الوسائل المتاحة[1] بما في ذلك وسائل التبليغ الرقمية، وبذلك يمكن للوسيط أن يخبر الأطراف بقبوله للمهمة الموكولة اليه برسالة هاتفية او اميل او تلفكس أواي وسيلة أخرى يتحقق بها التبليغ.

وهذا التوجه الذي سلكه المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 97 من القانون 95.17 يعتبر جد متقدم بالمقارنة مع التوجه الذي سلكه من خلال الفقرة 2 من الفصل 327-67 من قانون المسطرة المدنية الملغى الذي نص على أنه «يجب على الوسيط، فور قبوله المهمة المسندة إليه، أن يخبر بذلك الأطراف في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي». هذا الأخير الذي كان لا يساير السرعة التي تطبع المعاملات في عصرنا الحالي لا سيما المرتبط منها بالمعاملات التجارية الرقمية.

ولا يعتبر اتفاق مستند مهمة الوساطة قائما بين الوسيط واطراف عقد الوساطة الا اذا حدد الوسيط في رسالة قبول المهمة مبلغ اتعاب مهمته او طريقة تحديده، وكيفية أدائه، أو تم الاتفاق على ذلك كتابة.[2]

ولا يجوز للوسيط التخلي عن مهمته بعد قبولها بالشكل الصحيح قانونا، ماعدا إذا تم اعفاؤه من أطراف النزاع أو إذا انصرم اجال الوساطة دون التوصل الى ابرام صلح، أو بأمر من المحكمة المختصة الحالة المنصوص عليها في المادة 93 من القانون 95.17 وهي حالة بطلان اتفاق الوساطة.

ويمكن ان يرتب قرار تخلي الوسيط عن مهامه، دون الاستناد الى سبب من الأسباب المحددة سالف، ضرار بمصالح الأطراف المتنازعة، وبذلك يحق لهم اثارة المسؤولية المدنية العقدية للوسيط، طالما ان التزام الوسيط ينظمه عقد مستند المهمة الذي يربطه بأطراف النزاع.

(1) المادة 97 من نفس القانون

(2) الفقرة الثالثة من المادة 97 من نفس القانون.

وقد يتخلى الوسيط عن مهمة الوساطة دون اثارة مسؤوليته عن ذلك في حالة نقصان او فقدان أهليته، وفي حالة تصريحه بوقائع من شأنها التأثير على حياده او استقلاليته او تجرده، دون ان يقبل أطراف النزاع بذلك.

ويلتزم الوسيط بالاستقلالية والحياد والنزاهة والتجرد عند قيامهم بمهام الوساطة، ويتعين عليه عند تعيينه، في حال علمه بوجود أي ظرف او ما يمكن أن يمس بتجرده واستقلاليته وحياده، أن يشعر الأطراف بذلك، وفي هذه الحالة يتوقف جواز مهمته على موافقة أطراف عقد الوساطة.

ويساعد الوسيط الأطراف على صناعة الحل، من خلال الاعتماد على العديد من التقنيات التي تساعده على إدارة النزاع، وهكذا يمكن للوسيط أن يستمع إلى الأطراف، وأن يسعى إلى تقريب وجهات نظرهم من أجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم. ويمكنه كذلك، بعد موافقة الأطراف، ولما تستلزمه الوساطة، الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك إذا استدعى الأمر ذلك. كما يجوز له، بعد موافقة الأطراف، الاستعانة بكل خبرة من شأنها تسهيل دوره في الوساطة[1]. ويمكن للأطراف الاتفاق على الكيفية التي تدار بها جلسات الوساطة كما يمكن أن تسند هذه المهمة الى الوسيط حسب طبيعة وحجم النزاع القائم بين أطراف اتفاق الوساطة.

يعتبر دور الوسيط في تسوية النزاعات أمراً حساسا ومهما، ويتطلب الكثير من الخبرة والمهارات الضرورية لتحقيق نتائج إيجابية. لذلك، يجب عليه اتخاذ بعض الإجراءات اللازمة لتسهيل عملية التسوية وتحقيق النجاح، ومن بين الإجراءات الهامة التي يمكنه اتباعها، تقويم الوضعية من خلال الاستماع لأطراف النزاع وفهم مقتضياته والاسباب التي أدت إلى وقوعه؛

(1) المادة 98 من نفس القانون

والعمل على توضيح الأمور الغامضة بينهم والبحث عن المصالح المشتركة بينهم ومحاولة التوصل إلى حلول تلائم اطراف النزاع[1]؛

كما يمكن للوسيط عقد اجتماعات مع كل طرف على حدا لمعرفة اقتراحاته والأسانيد التي يستند إليها، وكذلك عقد اجتماعات جماعية بين الطرفين للاستماع إليهم وتلخيص أقوالهم؛

ويمكن للوسيط كذلك تقديم بعض المقترحات والحلول التي يرى أنها قد تقلص الهوة بين الأطراف المتنازعة، وذلك بعد تقييم الوضعية وفهم المشكلة، ولأجل ذلك يجب على الوسيط وضع الخلفية الثقافية للأطراف واختصاصاتهم ومصالحهم في الاعتبار بما يتيح له التبصر الكافي لفهم وطرح الأسلوب الأمثل لتسوية الخلاف[2].

ويقوم الوسيط عند انتهاء مهمته بتحرير مشروع صلح في شكل وثيقة تتضمن وقائع النزاع وكيفية حلهواتفاق الأطراف والحلول التي تم التوصل إليها كحل للنزاع المعروض[3]، ويعرضه على اطراف النزاع.

ويقوم في هذا الصدد بما يلي[4]:

- تلخيص النقاش والتركيز على نقط الالتقاء؛
- استكشاف مصالح الأطراف؛
- العمل على تجاوز المواقف إلى المصالح المشتركة؛

(1) - Maurice Mouthier : Guide juridique et pratique : de la Conciliation et de la médiation. Edition de vecchi, 2023, P107.

(2) محمد أوراغ: « البدائل الموازية لقضاء الدولة في دعم قانون الأعمال «، المجلة المغربية للتحكيم التجاري عدد 2، 2003.

(3) المادة 99 من القانون رقم 95.17.

(4) بنسالم أوديجا، الوساطة كوسيلة من الرسائل البديلة لفض المنازعات، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص 111.

- تحفيز الأطراف على اقتراح بعض الآراء والمقترحات التي يرى أنها مكرسة لمصالحهم المشتركة.

إن مهمة الوسيط تدور بين النجاح والفشل، فإذ توفق في التوفيق بين أطراف النزاع، يعرض عليهم مشروع عقد الصلح لتوقيعه، وفي هذه الحالة يوقع الوسيط مع الأطراف وثيقة الصلح ويسلمها لهم. ولم يحدد المشرع عدد نسخ عقد الصلح التي ينبغي تحريرها وتوقيعها من جميع الأطراف، وبذلك ترك لهم الحرية في توقيع نسخة واحدة او عدة نسخ توازي عدد الأطراف الموقعة على عقد الصلح، وتسلم لكل طرف نسخة للادلاء بها عند الحاجة.

وفي حالت فشل الوساطة وعدم وقع صلح، لأي سبب من الأسباب، يلتزم الوسيط بتسليم أطراف النزاع وثيقة عدم وقوع الصلح موقعة من طرفه. ولم يحدد المشرع المغربي شكل هذه الوثيقة هل هي قرار ام تصريح ام اشهاد، غير أننا نعتقد أن الصيغة الأقرب هي القرار الذي من خلاله أن يجسد الوسيط قناعته في فشل الوساطة.

كما يلاحظ أن المشرع لم يلزم الوسيط بتبرير قرار فشل الوساطة، وإن شكل ذلك مسألة إيجابية حفضا لأسرار أطراف النزاع ومصالحهم في اللجوء الى طرق أخرى لتسوية منازعاتهم، فإن مقرر الوسيط في رأيي يمكن أن يحدد مدى مساهمة وانخراط الأطراف بحسن نية في الالتزام بإنجاح مهمة الوسيط.

2. قوة عقد الصلح

تتوج عملية الوساطة الاتفاقية في حالة نجاح مهمة الوسيط بعقد صلح ينهي النزاع بين أطراف عقد الوساطة، ويتمتع عقد الصلح بمجموعة من الخصائص أهمها:

1. الصلح عقد رضائي: لا يشترط في تكوينه شكل خاص، إذ يكفي تحقق الشروط الموضوعية العامة للعقد لانعقاده. غير أنه إذا شمل عقد الصلح على إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رهنا رسميا، وجب إبرامها كتابة ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع.

2. الصلح عقد ملزم للجانبين: إذ أن كلا من الطرفين يلتزم بالتنازل للآخر عن جزء من ادعائه فيحسم النزاع، ويبقى الجزء الذي لم يتم التنازل عنه ملزما للطرف الآخر.

3. الصلح عقد معاوضة: إذ أن كل واحد من الطرفين يتنازل عن جزء من ادعائه للطرف الآخر بمقابل وليس بشكل تبرعي.

4. الصلح عقد محدد أو احتمالي: الصلح قد يكون عقدا محددا، كما هو الغالب، فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطي المدين للدائن مبلغا أقل على سبيل الصلح، فهنا قد عرف كل منهما مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى، فالعقد هنا محدد، أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيرادا مدى الحياة في مقابل حصته في الميراث المتنازع فيه، فالعقد هنا احتمالي.

5. الصلح عقد فوري: إن عقد الصلح هو عقد فوري لا زمني، حيث إن الزمن ليس عنصرا جوهريا فيه حتى ولو كان تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه مؤجلا إلى أجل معلوم، لأن الأجل لا دخل له في تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد

6. الصلح عقد مسمى: وذلك لأن عقد الصلح أفرد له المشرع أحكام خاصة تنظمه وتحكمه، والمتمثلة في الفصول من 1098 إلى 1116 من ق ل ع م.

بالإضافة الى ميزات عقد الصلح، فإن لجوء الأشخاص إلى الوساطة من اجل تسوية نزاعاتهم رهين بمدى قوة هذا العقد في الفصل النهائي في النزاع. وإذا كانت الاحكام التحكيمية والقضائية تتمتع بالحجية، فإن المشرع متع عقد الصلح الناتج عن مسطرة الوساطة الاتفاقية بقوة الشيء المقضي به اذا تم احترام المقتضيات القانونية الخاصة به، وذلك باعتباره درجة أقوى من الحكم القضائي أو التحكيمي المنهي للخصومة، ولكي يتمتع بهذه القوة لا بد أن يحترم اتفاق الصلح الشروط التي حددها المشرع، حيث نصت الفقرة الرابعة من الفصل 99 من القانون رقم 95.17 أنه « يخضع الصلح الذي توصل إليه الأطراف من حيث صحته وآثاره لمقتضيات القسم التاسع من الكتاب الثاني من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331(12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، مع مراعاة مقتضيات المادة 100 بعده». ويتعلق هذ القسم من قانون الالتزامات والعقود بالفصول الخاصة بالصلح والتي تمتد من الفصل 1098 إلى الفصل 1116.

وقد رتب المشرع عن عقد الصلح المبرم صحيحا شكلا وموضوعا تمتعه بقوة الشيء المقضي به[1] وفق ما نصت عليه المادة 100 من القانون رقم 95.17 التي جاء فيها أنه «يكتسي الصلح بين الأطراف قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة المختصة محليا للبت في موضوع النزاع داخل أجل سبعة (7) أيام» وهو ما يتوافق مع صيغة نص الفصل -69 327 من قانون المسطرة المدنية الملغى[2].

والاصل في تنفيذ اتفاق الصلح الناتج عن عملية الوساطة الاتفاقية هو الرضائية والطواعية، مادام ان اطراف النزاع ساهموا في صناعة الحل وارتضوه لحل خلافتهم، وفي

(1) ذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 392 الصادر بتاريخ 02 دجنبر 2015 في الملف التجاري عدد 357/3/2013 في تحديد شروط واثار قوة الشيء المقضي به فيما يلي: « لما كانت قوة الشيء المقضي به لا تثبت الا لمنطوق الحكم ولا تقوم الا بالنسبة لما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له، فإن المحكمة عندما ايدت الحكم الابتدائي القاضي برض الطلب بعلة أن الدين المطلوب في الدعوى الحالية هو نفسه الذي سبق الفصل فيه قضائيا بمقتضى احكام اكتسبت قوة الشيء المقضي به، يكون تعليلها تعليلا سليما...»
(2) نص الفصل -69 327 من قانون المسطرة المدنية على أنه «يكتسي الصلح فيما بين الأطراف قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية. لهذه الغاية، فإن رئيس المحكمة المختصة محليا في موضوع النزاع هو المختص بإعطاء الصيغة التنفيذية».

غالب الأحيان يتم تنفيذ مقتضيات عقد الصلح رضائيا، غير أنه في بعض الحالات قد يختار أحد الأطراف او جميعهم عدم تنفيذ الالتزامات التي يرتبها اتفاق الصلح في ذمتهم، وفي هذه الحالة يعتبر تذييل عقد الصلح بالصيغة التنفيذية الحل الأوحد لتنفيذه، ويعود الاختصاص في هذه الحالة الى رئيس المحكمة المختصة مكانيا، والذي يمكنه تذييل العقد بالصيغة التنفيذية بعد التثبت من كونه غير مشوب بالبطلان وغير مخالف للنظام العام، ودون أن تكون له السلطة في بسط رقابته على الموضوع الذي تم الفصل فيه.

إن عقد الصلح المبرم في إطار الوساطة الاتفاقية يحوز قوة الشيء المقضي به بين اطراف النزاع الموقعين عليه، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للقضاء ولا التحكيم في اطار دعوى بين نفس اطراف عقد الصلح وفي نفس الموضوع ولنفس الأسباب ان يبسط سلطته من جديد على موضوع النزاع، وأنه يمكن لأطراف هذا العقد التمسك بكافة ما أثبته من حقوق كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية النهائية[1].

فمن المقرر فقها انه متى صدر الحكم وحاز قوة الأمر المقضي فإنه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى. وقياسا على ذلك، فمتى ابرم عقد الصلح الناتج عن مسطرة الوساطة على الوجه الصحيح المطلوب قانونا، فإنه يحوز قوة الشيء المقضي به، ويمنع بذلك على أطراف النزاع الموقعة عليه العودة من جديد الى مناقشة نفس المسألة التي فصل فيها عقد الصلح بأي دعوى تالية يثار فيها النزاع كلا أو جزءا، ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها في الدعوى.

(1) ينص الفصل 450 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: «القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي: .... (3) الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي». كما ينص الفصل 451 من ذات القانون على ما يلي :»قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلاّ بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم: (1) أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛ (2)أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛ (3) أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة. ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافا في الدعوى ورثتهم وخلفاؤهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ».

والملاحظ في هذا الإطار أن المشرع، وبالرغم من انفتاحه وتمسكه بالمرونة عند ابرام اتفاق الوساطة حيث مكن من ابرامه بالاعتماد على الطرق الرقمية، والتوجه الذي سلكه في تنظيم احكام التحكيم التي أتاح إمكانية صدورها في شكل دعامة الكترونية من خلال المادة 51 من القانون 95.17، فإنه على العكس من ذلك، لم يساير التطور التكنولوجي وسرعة تبادل المعلومات الرقمية وخصوصيات المعاملات الالكترونية عندما نصص على تحرير قرار الوسيط أو عقد الصلح في شكل وثيقة. وهذا الامر يستدعي في نظرنا تدخل المشرع باعتماد صيغ منفتحة على التطور الرقمي الذي تعرفه المعاملات على الصعيد الدولي والوطني.

خـاتـمـة

الوساطة هي وسيلة فعالة لحل النزاعات المدنية والتجارية والإدارية. فهي تتيح للأطراف المعنية العمل معا لإيجاد حل مقبول بشكل متبادل لخلافاتهم، بدلا من الانخراط في إجراءات مكلفة ماديا وزمنيا. بالإضافة إلى ذلك، توفر الوساطة السرية التي يمكن أن تكون مهمة للغاية للأطراف الراغبة في تجنب العرض العام لخلافاتهم.

وإن كان المشرع قد أوجد الأرضية القانونية التي تساعد في ترسيخ هته الالية، إلا أن غياب سياسة عمومية واضحة المعالم لتفعيل هذه الالية على ارض الواقع لن يساعد في التوعية بأهمية الوساطة كخيار لحل النزاعات. ويمكن في الصدد لمؤسسات الدولة على وجه الخصوص أن تؤدي دورا مهما في تفعيل هته الالية، من خلال الانفتاح عليها بتسوية منازعاتها عن طريقها وتشجيع استخدامها عبر حملات إعلانية وبرامج تدريب وتوعية، وتوفير وتعبئة الموارد لمساعدة مراكز الوساطة لتقديم خدمات الوساطة برسوم رمزية.

كما أن من شان مساعدة المؤسسات الاقتصادية الصغرى والمتوسطة للوصول الى اليات العدالة البديلة بأقل تكلفة، تمكينهم من الأداء الجيد والحد من العدد المهول من الدعاوى التي تعرض على القضاء والتي في بعض الأحيان تكون قيمتها اقل بكثير من المال العام الذي يصرف عليها، والجهد الذي يتم تخصصه لفضها.

XII. Vers une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre investisseurs et Etats

RHOMIJA Hajar

Chef de Service de la Gestion

et de la Prévention du Contentieux

Arbitral et d'Investissement

Résumé

Cet article vise principalement à analyser la question du renforcement du rôle de la règle du Précédent dans la formulation des sentences rendues par les tribunaux arbitraux en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats résolus dans le cadre du CIRDI, et d'en apprécier la cohérence et la constance.

C'est pourquoi, il sera question d'explorer la genèse de la notion du « Précédent » et de se consacrer, ensuite, à la détermination des raisons sous- jacentes qui justifient l'émergence d'une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats.

Après avoir démontré que le Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats devient de plus en plus contraignant connaissant ainsi un jaillissement progressif de règles jurisprudentielles, il sera envisagé de traiter la

constance et la cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.

Aussi serait- il nécessaire d'illustrer notre approche en ayant recours à une batterie de cas de figure dans lesquels un manque de constance dans la prise de décisions est survenu dans la pratique.

Dans la perspective de remédier à ce manque d'incohérence, il serait question de formuler des suggestions et des recommandations en mesure de pallier aux interprétations invasives du Tribunal Arbitral, notamment en matière de révision de la rédaction des TBI.

Cet article serait, in fine, l'occasion de se pencher brièvement sur quelques axes d'amélioration pour une réforme structurelle du régime de règlement des différends entre investisseurs et États garantissant une meilleure fiabilité de ce système.

Mots- clés : Arbitrage international, Droit d'investissement, Traités bilatéraux d'investissement, jurisprudence.

Abstract

This article aims primarily at analysing the question of strengthening the role of the Precedent rule in the formulation of awards rendered by arbitral tribunals in the matter of settlement of disputes between Investors and States resolved under the ICSID, and to appreciate its consistency and constancy.

This is why it will be a question of exploring the genesis of the notion of the "Precedent" and then focusing on determining the underlying reasons that justify the emergence of a doctrine of the Precedent in the matter of settlement of disputes between Investors and States.

Having demonstrated that the Precedent in the matter of settlement of disputes between Investors and States is becoming more and more binding as a result of a gradual explosion of jurisprudential rules. Consideration will be given to addressing the consistency and consistency of ISDS arbitral decisions.

It would therefore be necessary to illustrate our approach by using a series of scenarios in which a lack of consistency in decision- making has occurred in practice.

In order to remedy this lack of inconsistency, it would be necessary to formulate suggestions and recommendations capable of overcoming the invasive interpretations of the Arbitral Tribunal, in particular as regards the revision of the drafting of BITs.

In conclusion, a few areas for improvement for structural reform of the investor-state dispute settlement system to ensure greater reliability will be discussed.

Key- words: International arbitration, Investment law, Bilateral investment treaties, jurisprudence.

Introduction générale

Dans le cadre de la consécration des garanties juridiques, judiciaires et extra-judiciaires offertes aux investisseurs et la protection de leurs investissements, Sa Majesté le Roi, que Dieu l'Assiste, a réitéré, lors de l'ouverture de la première session de la deuxième année législative de la 11ème législature, la nécessité de la mise en œuvre effective des modes alternatifs de règlement des litiges, une question qu'il lie au développement de l'investissement au Maroc :

> "Afin de renforcer la confiance de ceux qui veulent opérer des investissements productifs dans notre pays, Nous appelons à la consolidation des règles de la concurrence loyale, à la mise en œuvre effective des mécanismes de médiation et d'arbitrage pour le règlement des litiges."

En effet, l'entrée en vigueur, en juin dernier, du Code de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle, vient imprégner l'évocation de l'arbitrage et la médiation conventionnelle dans ce discours Royal. Ce nouveau code permet la réhabilitation de l'arbitrage et s'inscrit dans le cadre d'une politique d'ouverture du Maroc dans ses relations économiques, au regard notamment des ALE et des Accords de Promotion et de Protection des Investissements (APPI) mis en place et de la promotion du Maroc comme place internationale de l'arbitrage.

En 2009 déjà, le Souverain soulignait « l'importance de développer » les mêmes

mécanismes. Des directives réitérées dix ans plus tard à l'occasion de la Conférence Internationale de la Justice, tenue en 2019 à Marrakech.

Ces considérations sont de nature à encourager les investisseurs à choisir le Maroc pour y investir davantage et à choisir sa législation et ses instances arbitrales, en cas de besoin, en se sentant rassurés. Ainsi, encourager l'arbitrage et en réhabiliter la pratique est un vecteur essentiel pour le développement de ce mode de règlement des litiges.

A ce titre, il convient de noter que le Royaume du Maroc a récemment connu un accroissement constant du nombre d'affaires arbitrales devant le CIRDI ainsi que l'aggravation de leur enjeu financier et ce, principalement en raison de plusieurs facteurs, notamment l'ouverture du Maroc à son environnement d'investissement ainsi que son attractivité qui favorise l'investissement étranger.

De même, le Maroc demeure une puissance régionale qui jouit de la stabilité politique et d'un potentiel de croissance important ce qui se traduit notamment, par la signature et la ratification de nombreux traités bilatéraux d'investissement ayant pour objet la promotion et la protection des investissements étrangers dont le nombre a atteint 75 conventions internationales comprenant des clauses compromissoires par lesquelles les parties conviennent de soumettre tout litige, déjà né ou éventuel, au mécanisme d'arbitrage.

Ainsi le RDIE, prévu par la plupart des traités bilatéraux d'investissement et de plus en plus d'accords de commerce bilatéraux ou régionaux, constitue une voie de recours

privilégiée devant un tribunal d'arbitrage pour un investisseur étranger lorsqu'il estime que l'État d'accueil ne respecte pas les dispositions du traité en question, en particulier les clauses de protection des investissements et/ou investisseurs.

Objet d'inquiétude, ce mécanisme a pour objet de permettre à un investisseur étranger d'attraire un Etat devant une instance internationale, en pratique un tribunal arbitral, à qui il appartiendra de juger si ce dernier a violé ou non ses obligations internationales en matière de protection des investissements - si tel est le cas, les compensations peuvent atteindre des montants très élevés.

Toutefois, la pratique arbitrale remet en question l'efficacité, la prévisibilité et la crédibilité de ce régime, compte tenu de la réévaluation constante de la jurisprudence des instances arbitrales internationales, ce qui impacte négativement sa cohérence et entache la sécurité judiciaire et arbitral.

C'est pourquoi, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) mène un processus de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États garantissant une meilleure fiabilité de ce système et une meilleure sécurité arbitrale.

De même, le CIRDI a mené un processus d'amendement des règlements régissant les procédures entre investisseurs et États. En date du 21 mars 2022, les États membres de la Convention de Washington de 1965, dont le Royaume du Maroc, a approuvé, avec une seule réserve, un jeu complet d'amendements portant sur les règlements emblématiques du CIRDI en vue de la résolution de différends entre les investisseurs étrangers et les États qui les accueillent.

En contrepartie, les systèmes juridiques nationaux, dont la jurisprudence constitue le point de départ du raisonnement des juges, se basent étroitement dans la formulation de leurs décisions sur les Précédents à des fins de sécurité juridique et en vue de maitriser les risques liés à la contestation de leurs jugements devant des instances supérieures. Cette pratique se traduit par la règle du « **stare- decisis** »[1] dans la Common Law, et par le concept de « **jurisprudence constante** » dans le droit germano- romanique.

Malgré le fait que la règle du « **stare- decisis** » a été exclue depuis 1922 en droit international[2], les institutions arbitrales et les tribunaux d'arbitrage continuent à se référer à leurs décisions antérieures, notamment dans le cadre du régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE)[3].

Néanmoins, ces instances arbitrales internationales sont constamment amenées à réévaluer leur jurisprudence par diverses méthodes afin de prendre en considération les évolutions du droit international, des relations interétatiques, du commerce international et de l'investissement[4], ce qui pourrait, en revanche, avoir un effet

(1) Stare decisis est une règle de droit s'appliquant particulièrement dans les pays de common law. Cette doctrine veut que les arrêts des juridictions supérieures font jurisprudence et que les principes généraux du droit dégagés par cette jurisprudence sont des règles prétoriennes obligatoires pour toutes les juridictions inférieures.

(2) Gilbert Guillaume, 'The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators', Sous la direction de Thomas Schultz, Journal of International Dispute Settlement, (Oxford University Press 2011, Vol. 2 page n° 1) p. 5 - 23

(3) Le RDIE, prévu par la plupart des traités bilatéraux d'investissement et de plus en plus d'accords de commerce bilatéraux ou régionaux, constitue une voie de recours privilégiée devant un tribunal d'arbitrage pour un investisseur étranger lorsqu'il estime que l'État d'accueil ne respecte pas les dispositions du traité en question, en particulier les clauses de protection des investissements et/ou investisseurs.

(4) Voir par exemple la sentence arbitrale du 24 mai 2005 à l'art 59) dans lequel le tribunal, interprétant la décision de la Cour dans l'affaire Gab-ikovo-Nagymaros, a précisé que le développement d'activités présente un risque de préjudice important pour l'environnement, il doit y avoir une obligation de prévenir, ou du moins d'atténuer cette pollution' (voir Virginie Barral, 'La sentence du Rhin de fer' (2006) 110 RGDIP 647).

négatif sur l'efficacité, la prévisibilité et la crédibilité de ce régime.

Dans ce contexte, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1] a conclu dans le cadre des travaux du Groupe de travail III (Réforme du RDIE), que le manque de constance et de cohérence des sentences arbitrales étaient l'une des raisons pour lesquelles la Commission en question avait décidé d'entamer des travaux sur une éventuelle réforme de ce régime, reconnaissant ainsi qu'il importait de veiller à la cohérence et à la constance de ce dernier[2].

Importance de cet article :

Il est bien établi qu'il n'existe aucune règle de précédent en matière d'arbitrage d'investissement et que les arbitres ne sont pas liés par les décisions précédemment rendues. Néanmoins, la pratique arbitrale en matière d'investissements a prouvé que les décisions antérieures sont souvent observées et suivies.

Pour cette raison, il sera démontré que les parties au différend et les arbitres accordent beaucoup d'attention aux décisions antérieures et, à plusieurs reprises, les tribunaux arbitraux s'appuient sur le raisonnement des décisions antérieures pour légitimer leurs propres décisions.

(1) La CNUDCI est l'organe juridique principal du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, qui a pour mandat d'encourager l'harmonisation et la modernisation progressives du droit commercial international. Pour ce faire, elle établit des instruments législatifs et non législatifs, dont elle promeut l'adoption et l'utilisation, dans plusieurs domaines essentiels du droit commercial.
(2) Constance et questions connexes, CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente- sixième session, Vienne, 29 octobre- 2 novembre 2018.

En effet, contrairement à l'arbitrage d'investissement, les systèmes judiciaires nationaux garantissent normalement cette prévisibilité en s'appuyant sur des précédents, que ce soit sous la forme d'un précédent formel contraignant « stare decisis », comme dans de nombreuses juridictions de Common law. En fait, la pratique consistant à suivre des décisions antérieures, dans presque tous les systèmes judiciaires « nationaux », est renforcée par l'idée d'un contrôle en appel qui assure également l'application cohérente et uniforme de la loi.

Etant donné que la constance des sentences arbitrales favoriseraient l'état de droit, renforceraient la confiance dans la stabilité du climat d'investissement et assoiraient la légitimité dudit régime, il nous est paru judicieux de procéder à une analyse ayant pour objet de traiter des principaux corolaires tirés du renforcement du rôle du Précédent et d'apprécier la cohérence des sentences arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.

De plus, le choix de ce sujet est principalement motivé par la batterie de problématiques que soulève l'absence d'un mécanisme d'appel et l'incohérence et l'imprévisibilité de certaines sentences arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.

En réalité, il peut être difficile de résoudre des problèmes similaires de la même manière lorsque la réalité est que les TBI sont négociés par différents États, dans des circonstances différentes et avec des intérêts différents et les tribunaux arbitraux sont tenus de prendre leurs décisions sur la base du traité respectif et au cas par cas.

Problématique de cet article :

Etant donné que la recherche de la cohérence et la prévisibilité des décisions en matière de règlement des différends constituent un aspect crucial de tout mécanisme judiciaire ou d'arbitrage, ce qui donne confiance au système et améliore sa perception d'être légitime et juste, il serait indubitablement question d'examiner cet aspect lors de Cet article. C'est pourquoi il serait question de répondre dans cet article aux questions suivantes, **les décisions antérieures devraient- elles être contraignantes pour les arbitres ou non? Quels sont les incohérences de la jurisprudence du CIRDI? Quelles sont les conséquences de ne pas tenir compte d'un précédent? Quelles sont les mesures palliatives aux interprétations invasives du Tribunal Arbitral ?**

Méthodologie de recherche :

Cet article repose principalement sur une étude analytique des anciennes décisions rendues par les tribunaux RDIE, en s'intéressant aussi bien, aux textes encadrant ce régime tout en faisant référence à la position des instances arbitrales internationales vis- à- vis de certaines normes de droit internationales en se focalisant sur certaines pratiques internationales. Cet article se base, également, sur une lecture comparative du corpus des accords internationaux d'investissement en vue de faire ressortir les lignes directrices d'une meilleure rédaction des Traités.

Répartition des axes :

A cet égard, cette analyse sera scindée en deux grandes parties. Avant de se consacrer à l'examen des constats majeurs qui méritent d'être mis en exergue en matière de l'essor du rôle du Précédent (**deuxième chapitre de la première partie**), il sera question de s'atteler, en premier, sur la définition de la notion de Précédent dans la mesure de mieux cerner ce concept (**section 1**) et ensuite de se focaliser sur les raisons sous- jacentes de l'émergence de cette règle en matière d'arbitrage Investisseurs- Etats (**Section 2**) (**chapitre premier de la première partie**).

Ce deuxième chapitre sera axé sur la détermination des principales leçons tirées de l'évolution du rôle du Précédent dans le règlement des différends entre Investisseurs et Etats. Ce chapitre s'articulera à son tour autour de deux points principaux. Tout d'abord, il sera question de déterminer dans quelle mesure les décisions rendues par les tribunaux RDIE ont- elles un caractère contraignant (**section 1**). En deuxième lieu, il a été jugé judicieux de mettre en relief l'émergence progressive de règles jurisprudentielles dans ce domaine (**section 2**).

Ensuite, il sera envisagé, au niveau de la deuxième partie, de soulever le manque de constance et de cohérence de ces décisions rendues par les tribunaux RDIE au sujet de nombreuses questions tout en s'appuyant sur des exemples illustrant les normes de droit internationales touchées par ce manque de constance (**chapitre premier**). En l'occurrence, la clause parapluie et la clause de la nation la plus favorisée (**section 1**) ainsi que la notion d'investisseur (**section 2**).

Cet article aura pour vocation, in fine, de mettre en projection quelques recommandations pour remédier et pallier au manque de prévisibilité et de régularité ayant marqué les diverses décisions prises par les tribunaux RDIE **(2ème chapitre de la deuxième partie)**.

Première partie : La notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat

Chapitre premier : Contexte de l'émergence de la notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat

Avant d'entamer l'analyse des principales raisons de l'émergence de la notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat, il importe de soulever qu'il existe de nombreuses définitions du terme « **Précédent** », mais nous nous concentrons sur quatre d'entre elles, pertinentes pour Cet article, définitions qui sont intrinsèquement liées.

1. Section 1: Notion de Précédent

Tout d'abord, en tenant compte de l'origine du terme « **Précédent** » (13ème siècle), qui est emprunté du latin praecedens, participe présent de praecedere, on relève qu'il signifie « marcher devant ; l'emporter sur » ou « Qui précède, prend place

immédiatement avant »[1]. De même, le Dictionnaire de l'Académie Française nous présente ce mot avec la définition générale suivante « un fait, exemple antérieur qu'on invoque comme une autorité ou comme une analogie éclairante», et qui peut être utilisé dans le domaine du Droit comme « un Fait antérieurement jugé, qui sert de référence dans le traitement d'une affaire, dans un procès, etc., ou sur lequel s'appuie le droit coutumier »[2].

En deuxième lieu, nous pouvons extraire de la doctrine des définitions spécifiques[3], qui sont données selon trois perspectives:

a. Un Précédent est toute autorité décisionnelle susceptible d'influer sur la décision dans l'affaire en cause **(perspective de l'avocat)** ;

b. Un Précédent est toute autorité décisionnelle susceptible de justifier les décisions des arbitres **(perspective de l'arbitre)**;

c. Un Précédent est toute autorité décisionnelle dans laquelle les questions juridiques factuelles sont suffisamment similaires à l'affaire en cause pour que le public s'attende raisonnablement à ce que les questions soient traitées de la même manière **(perspective du public)** [4].

Par conséquent, nous relevons que le sens du terme « Précédent », qui peut être tiré des définitions ci- dessus, comprend[5] :

(1) Alain Rey, Dictionnaires le Robert, Nouvelle Edition, 1988, P.997
(2) Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition (actuelle)
(3) Viviana Alexandra Botoaca, « Rôle des Précédents dans l'arbitrage international », Cristina Emilia Alexe (dir.), Revista Român de Arbitraj, (Wolters Kluwer România, Volume 14 Numéro 1) p. 51 - 64
(4) Citations d'Emmanuel Gaillard, Précédent en matière d'arbitrage international, Séminaire de l'IAE Paris - 14 décembre 2007, Général, p. 10, Chapitre IV.
(5) Gilbert Guillaume, loc. cit.

a. un facteur chronologique : une sentence qui a déjà été rendue ;

b. un facteur contextuel : une sentence rendue dans des affaires suffisamment semblables;

c. un facteur modus operandi : une sentence qui est susceptible d'avoir une incidence conséquente et qui crée une attente raisonnable ;

d. un facteur lié au but présumé : une sentence qui pourrait ou devrait influencer le processus décisionnel.

Après avoir cerné de manière pointue la teneur conceptuelle du terme Précédent, il s'avère, désormais, pertinent de se pencher sur l'étude des facteurs sous- jacents liés à l'émergence d'un ensemble de décisions arbitrales dans le domaine des différends investisseur- États.

2. Section 2 : Raisons de l'émergence d'une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats

A ce niveau, nous allons aborder les différents facteurs ayant contribués directement ou indirectement à la constitution d'un corpus jurisprudentiel important en matière de RDIE. En effet, l'apparition d'une doctrine du Précédent est justifiée principalement par **a)** une plus grande transparence dans les affaires relatives aux traités d'investissement[1], **b)** une homogénéité de la matière et uniformité dans la

(1) Les traités d'investissement sont des accords relatifs au traitement par un État des investissements effectués par des personnes physiques ou des sociétés ressortissantes d'un autre État. Ils sont négociés dans un cadre bilatéral ou multilatéral ou à un niveau sectoriel ; il peut s'agir de traités autonomes ou ils peuvent s'inscrire dans le cadre d'un accord de libre- échange. La majorité de ces instruments contiennent des dispositions qui permettent le règlement des différends opposant un investisseur à un État sous l'égide du CIRDI ou prévoient d'autres modes alternatifs de résolution des différends.

rédaction des traités bilatéraux d'investissement (TBI)[1] accompagnée **c)** d'une cohérence récurrente des membres du tribunal.

a. Plus grande transparence dans les affaires relatives aux traités d'investissement :

L'émergence d'un ensemble de Précédents est en grande partie attribuable à une meilleure transparence des affaires d'arbitrage du CIRDI par rapport à l'arbitrage commercial. L'accès facile aux sentences arbitrales et l'augmentation du nombre de cas enregistrés ont contribué à la constitution d'un corpus de Précédents en plein essor.

Rien ne montre mieux le contraste entre la confidentialité de l'arbitrage commercial et la transparence de l'arbitrage des traités d'investissement que l'article 48(4) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Ledit article prévoit, entre autres, que :

« [...] Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal. ». (Italique ajouté)

Dans l'affaire El Paso c. l'Argentine, par exemple, le tribunal a énoncé la position suivante :

« Il est néanmoins raisonnable de supposer que les tribunaux d'arbitrage internationaux, notamment ceux établis dans le cadre du système du CIRDI, tiendront généralement compte des Précédents établis par d'autres organes d'arbitrage, en particulier ceux établis par d'autres tribunaux internationaux.»[2]

(1) Les traités bilatéraux d'investissement sont des traités conclus entre deux États dans lesquels chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux (avantages fiscaux notamment).
(2) Affaire ARB/03/15 du CIRDI, décision sur la compétence, 27 avril 2006, par. 39.

C'est précisément par la publication de tels extraits et de tels jugements que les tribunaux peuvent suivre les traces de leurs prédécesseurs et favoriser une plus grande cohérence dans les affaires relatives aux traités d'investissement.

b. Homogénéité de la matière et uniformité dans la rédaction des TBI :

L'émergence de ce corpus jurisprudentiel peut également être attribuable à l'harmonisation des protections substantielles dans les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux. Ces protections, bien qu'elles ne soient pas rédigées de façon identique, comprennent généralement :

- o Normes générales de traitement des investissements étrangers ;
- o Protection contre l'expropriation et la dépossession ;
- o Indemnisation des pertes.

L'uniformité de la forme et du contenu permet aux tribunaux d'appliquer un modèle de faits variable à un ensemble relativement statique de questions juridiques. Ainsi, les sentences pourraient contribuer à une jurisprudence croissante en matière de traités d'investissement en ce qui concerne les protections substantielles offertes par l'arbitrage entre investisseurs et États.

c. Cohérence des membres du tribunal :

A ce niveau, il convient de soulever un facteur notable dans la composition des tribunaux chargés de trancher les différends investisseur- État qui pourrait également

jouer un rôle dans l'émergence de ce corpus de jurisprudence, à savoir la nomination récurrente de membres qui sont souvent d'éminents professeurs de droit, des praticiens privés ou des juges[1]. Ce facteur a mené vers une plus grande cohérence du raisonnement juridique dans les affaires où des questions juridiques et factuelles similaires sont fréquemment soumises aux tribunaux.

Deuxième chapitre : Evolution du rôle de la règle du Précédent dans le règlement des différends entre investisseurs et états

Après avoir exposé les principales raisons de l'émergence d'un corpus jurisprudentiel important, il est à ce niveau question de mettre en relief les principaux corolaires tirés du renforcement du rôle que joue le Précédent en matière des litiges résolus dans le cadre du CIRDI.

A cet égard, il y a lieu de préciser que ces différends sont soumis à des instances arbitrales composées en vertu de la Convention de Washington[2], qui a créé le Centre. Ils sont constitués conformément aux dispositions de la Convention précitée et du Règlement adopté pour son application. Un certain contrôle est exercé sur les sentences par des comités ad hoc constitués conformément à l'article 52 (3) de la Convention[3].

(1) Mark Baker et Cara Dowling, "developments and reform of investor-state dispute settlement", avec Meg Kinnear, Secrétaire Générale du CIRDI, Norton Rose Fulbright, Juin 2017

(2) La Convention de Washington est un traité ratifié par 154 États contractants. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, soit 30 jours après sa ratification par les 20 premiers États. L'article 6 de la Convention de Washington dispose que le Conseil administratif du CIRDI adopte les règlements de procédure relatifs à l'arbitrage et à la conciliation et le règlement administratif et financier du Centre.

(3) L'article 52 (paragraphe 3) de la Convention de Washington dispose que « Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité ad hoc de trois membres. […] »

Ces dispositions jouent sans aucun doute un rôle moteur en faveur d'une jurisprudence cohérente fondée sur le recours aux Précédents. Inversement, nous devons observer que les tribunaux d'arbitrage établis dans le cadre du CIRDI sont constitués pour chaque cas et appliquent près de 3200 traités bilatéraux d'investissement (TBI) de textes variables. De plus, les comités ad hoc sont, par définition, ad hoc et n'ont qu'un contrôle limité sur les décisions[1].

3. Section 1 : Vers un caractère contraignant des décisions rendues antérieurement :

Rappelons, tout d'abord, que l'article 53 de la Convention de Washington dispose que :

> « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention. » (italique ajouté).

Malgré le fait que la sentence est contraignante pour les parties et que la règle du « stare decisis » n'est plus appliquée dans le CIRDI[2], les tribunaux d'arbitrage sont enclins à s'appuyer sur des Précédents pour évaluer leur pertinence. De ce fait, il importe de souligner que dans certains cas, les arbitres ont considéré que, même

.Gilbert Guillaume, loc. cit (1)

(2) Voir par exemple, El Paso Energy International vs Argentine Republic (décision sur la compétence) (2006), Affaire CIRDI n° ARB/03/15 27 avril 2006 s 39.

s'ils ne sont pas liés par des décisions antérieures, il y a une obligation de suivre la solution donnée dans des affaires antérieures.

La décision rendue dans l'affaire Saipem S.p.A. c. le Bangladesh[1] est un exemple de cette approche. Après avoir déclaré qu'il n'était pas lié par des décisions antérieures, le tribunal a affirmé que les décisions rendues par des tribunaux antérieurs qui constituent « une série de causes cohérentes » devraient être suivies, à moins qu'il n'ait « des motifs contraires impérieux » de ne pas le faire. Tel que noté dans la décision :

> « Le Tribunal estime qu'il n'est pas lié par des décisions antérieures. En même temps, il est d'avis qu'il doit tenir dûment compte des décisions antérieures des tribunaux internationaux. Il estime que, sous réserve de motifs contraires impérieux, il a le devoir d'adopter des solutions établies dans une série d'affaires cohérentes. Il estime également que, sous réserve des spécificités d'un traité donné et des circonstances du cas d''espèce, il a le devoir de contribuer au développement harmonieux du droit de l'investissement et de répondre ainsi aux attentes légitimes de la communauté des États et des investisseurs à l'égard de la certitude de la primauté du droit.»[2]

Un autre exemple suffira à illustrer cette approche générale. Il s'agit, en effet, de la sentence rendue dans le cadre de l'affaire El Paso c. Argentine (qui est réitérée dans

(1) Affaire CIRDI n° ARB/05/7
(2) Décision sur la compétence du 21 mars 2007, par. 6

Pan American c. Argentine et BP c. Argentine):

> « Les tribunaux arbitraux du CIRDI sont établis ad hoc, … et le Tribunal actuel ne connaît aucune disposition, … établissant une obligation de « stare decisis ». Il est néanmoins raisonnable de supposer que les tribunaux arbitraux internationaux, notamment ceux établis au sein du système CIRDI, tiendront généralement compte des Précédents établis par d'autres instances arbitrables, en particulier ceux établis par d'autres tribunaux internationaux. »

4. Section 2 : Emergence progressive de règles jurisprudentielles :

En réalité, des règles jurisprudentielles commencent à se développer en ce qui concerne certaines normes du droit international, mais beaucoup reste à faire.

A titre d'exemple, il est actuellement admis que le consentement de l'État à l'arbitrage peut être établi à partir de l'existence même de traités bilatéraux d'investissement ou de lois nationales, sans qu'il y ait eu de compromis signé (ce qui n'était pas évident à la lumière des textes applicables)[1].

Il est, également, admis qu'un investisseur peut ne pas avoir été traité de manière juste et équitable, même en l'absence de mauvaise foi de la part de l'État en question.[2] Comme l'a souligné le tribunal Azurix en 2006 :

(1) Voir par exemple la sentence arbitrale rendue dans l'affaire AAPL c. Sri Lanka, affaire CIRDI n° ARB/87/3, du 27 juin 1990 (suivie de nombreuses autres décisions)

(2) Voir par exemple la sentence arbitrale rendue dans l'affaire Mondev International Ltd. C. les USA, CIRDI n° ARB/99/2, du 11 octobre 2002 (suivie de nombreuses autres décisions)

« […] il existe un fil conducteur dans les récentes sentences au titre de l›ALENA […] qui n›exige pas la mauvaise foi ou l'intention malveillante de l'État hôte comme un élément nécessaire au non-respect de l'investissement juste et équitablement ». [1]

Par ailleurs, le besoin de stabilité du cadre juridique et commercial dans l'État hôte a été affirmé à plusieurs reprises et, devint, désormais, une nouvelle norme de traitement juste et équitable en droit international. Par exemple, le tribunal dans l'affaire PSEG c. la République de Turquie a récemment confirmé que l'obligation de traitement juste et équitable avait été gravement enfreinte par ce qui a été décrit comme l'effet « montagnes russes » des modifications législatives continues constatées dans cette affaire.[2]

De même, les attentes légitimes de l'investisseur étranger sont désormais un élément clé par rapport auquel le comportement de l'État d'accueil est évalué[3]. Dans ce sens, le même tribunal a souligné l'importance des attentes légitimes de l'investisseur étranger qui, « requiert un traitement qui ne porte pas atteinte aux attentes fondamentales sur la base desquelles il a décidé d'effectuer l'investissement ». [4]

En outre, la jurisprudence s'oriente de plus en plus vers la considération du libellé (wording) exact[5] de la clause concernant le traitement juste et équitable et celle

(1) Azurix c.la République d'argentine, supra, n. 82, par. 372.

(2) PSEG c. République de Turquie, supra, n. 90, aux paragraphes 250 et 255.

(3) Voir Stephen Fietta, "Expropriation and the Fair and Equitable Standard : the Developing Role of. Investors' Expectations" en (2006) 23–25 J Int'l Arb. 375.

(4) PSEG c. la République de Turquie, supra n. 90, par. 240, citant le par. 154 de Tecmed c. États- Unis, supra n. 82.

(5) Gabrielle Kaufmann- Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', William W. Park (dir:), Arbitration International, Oxford University Press 2007, Volume 23 page 3) pp. 357 - 378

prévoyant les obligations de l'État en matière d'indemnisation des dommages-intérêts.

L'examen des décisions en matière d'expropriation montre également qu'une jurisprudence cohérente se développe dans ce domaine et que les tribunaux ont tendance à suivre les traces de leurs prédécesseurs. Cela est évident en ce qui concerne l'expropriation réglementaire, où l'approche consiste à évaluer la légitimité de l'objectif de la mesure, le degré d'impact sur l'investisseur et la proportionnalité.

En même temps, il reste plusieurs normes qui demeurent assez larges et imprécises, ce qui laissera suffisamment de place aux tribunaux pour exercer leur propre discrétion dans leur application.

Deuxième partie : Constance et cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE relevées et mesures palliatives suggérées y afférentes

Chapitre premier : Constance et cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE

A ce niveau, il convient de signaler que la jurisprudence arbitrale reste très hésitante sur une batterie de problématiques, telles que le poids de la clause- parapluie

(umbrella- clause)[1]ainsi que la distinction entre les revendications contractuelles et les revendications conventionnelles[2]**(sous- section n°1)**, l'interprétation de la notion d'investisseur **(sous- section n°3)**, et l'application de la clause de la nation la plus favorisée sur les dispositions relatives au règlement des différends[3]**(sous- section section n°2)**.

A cet égard, il sera question à ce niveau de traiter des principaux cas de figure dans lesquels un manque de constance dans la prise de décisions est survenu dans la pratique, tout en s'appuyant sur des exemples illustrant les normes de droit internationales touchées par ce manque de constance.

5. Section 1 : En matière de la clause parapluie et de la clause de la nation la plus favorisée:

Tout d'abord, il convient de signaler que dans la plupart du temps, il est relevé un amalgame, sur plusieurs niveaux, entre les revendications conventionnelles et les revendications contractuelles, ce qui nécessite de distinguer entre les deux notions à travers l'examen de la source du droit revendiqué et son objet ainsi que les parties

(1) La clause parapluie: dans le contexte d'un traité bilatéral d'investissement (TBI), la clause parapluie est généralement acceptée comme étant une disposition d'un TBI, par laquelle l'Etat hôte des investissements s'oblige à respecter les engagements qu'il a souscrits à l'égard des investisseurs de l'autre Etat contractant. En d'autres termes, les obligations de droit interne assumées par l'Etat sont assimilées à des obligations résultant du traité. Ces types de clause ont été ajoutés pour assurer la protection additionnelle aux investisseurs tout en coexistence avec les standards de la protection classique des investisseurs (traitement juste et équitable, clause NPF ou clause de la nation la plus favorisée, etc.).

(2) La distinction remonte à la décision du comité ad hoc du 3 juillet 2002, dans le cadre de l'affaire Vivendi contre l'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/97/3. Depuis lors, cette distinction a été interprétée à plusieurs reprises et différentes façons

(3) Sur tous ces points, voir les présentations de James Crawford et Gabrielle Kaufmann- Kohler, dans le cadre de la conférence IAI mentionnée au niveau de la référence n°10 ci- dessus.

réclamantes, tout en mettant au clair les effets juridiques qui en découlent notamment devant le tribunal arbitral[1].

En pratique, il existe un certain nombre de sentences qui adoptent une approche restrictive des clauses parapluie, telles que Salini c. Jordanie[2], Joy Mining c. Égypte[3], et plus récemment les décisions El Paso c. Argentine et Pan American c. Argentine, qui ont déclaré que :

> « une clause parapluie ne peut transformer toute revendication contractuelle en revendication conventionnelle, car cela impliquerait nécessairement que tout engagement de l'État en matière d'investissements, même les plus mineurs, se transformerait en revendications conventionnelles. »[4]

De plus, l'analyse révèle que d'autres tribunaux, tels que ceux dans Eureko c. Pologne[5], Noble Venture c. Roumanie[6] et Siemens c. Argentine[7] ont adopté le point de vue opposé et ont accepté que le concept d'une clause parapluie « est généralement considéré comme une transformation des obligations de droit interne en obligations directement reconnaissables en droit international ».

(1) الدكتور زكرياء الغزاوي، المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1،ص: 110 ،2021

(2) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case ARB/02/13, sentence arbitrale du 31 January 2006.

(3) Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie, affaire CIRDI n°ARB/02/13, sentence arbitrale du 31 janvier 2006.

(4) El Paso Energy c. République argentine, décision sur la compétence, supra, n. 68, par. 82.

(5) Eureko B.V. c. République de Pologne, sentence arbitrale partielle, 19 août 2005.

(6) Noble Ventures, Inc. c. Roumanie, ICSID Case ARB/01/11, sentence arbitrale du 12 octobre 2005.

(7) Siemens A.G. c. la République d'Argentine, CIRDI n° ARB/02/08, sentence arbitrale du 6 février 2007.

En somme, les tribunaux sont divisés en ce qui concerne la clause parapluie, et aucune règle claire n'a émergé. Certains tribunaux ont noté que leurs décisions dépendaient des termes du traité bilatéral d'investissement (TBI) en cause[1]. Cependant, cette explication ne fournit pas une justification satisfaisante pour cette incohérence.

S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et de son application au règlement des différends, on peut distinguer deux écoles notables, à savoir les écoles Maffezini et Plama.

Maffezini étant pour l'application de la clause NPF à la résolution des différends investisseurs- Etats et Plama contre cette approche. En effet, le tribunal Maffezini[2] a expressément limité la portée de la clause NPF dans les termes suivants :

> « Si le Traité prévoit une instance arbitrale particulière, telle que le CIRDI, par exemple, cette option ne peut être modifiée en invoquant la clause NPF, afin de soumettre le différend à un autre mode d'arbitrage. Enfin, si les parties ont convenu d'un système d'arbitrage très institutionnalisé qui intègre des règles de procédure précises, ce qui est le cas, par exemple, en ce qui concerne l'Accord de libre- échange nord- américain et des arrangements similaires, il est clair qu'aucun de ces mécanismes ne pourraient être altéré par la clause pertinente

(1) Il est vrai, cependant, qu'il n'y a pas d'incohérence dans l'interprétation des mêmes dispositions du traité. En l'occurrence, la clause- parapluie contenue dans le TBI États- Unis- Argentine, par exemple, qui a été mis à l'épreuve à plusieurs reprises, a fait l'objet d'une interprétation restrictive assez cohérence.

(2) Emilio Agustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne, CIRDI Affaire n°ARB/97/7, décision rendue en matière de compétence, 25 Janvier 2000

car ces dispositions très précises reflètent la volonté précise des parties contractantes. »[1]

En revanche, Plama[2] a traité des tentatives d'importation, en tout ou en partie, du mécanisme de règlement des différends du CIRDI dans un traité qui soit prévoyait une autre méthode de règlement des différends, soit limitait la portée de la clause d'arbitrage du CIRDI. Selon le tribunal Plama, il existe une présomption selon laquelle une clause NPF ne s'étend pas aux questions de règlement des différends, sauf lorsque les parties contractantes ont exprimé un intérêt contraire. Par conséquent, il semble y avoir une distinction claire entre les deux écoles.

En somme, à l'image de la clause parapluie, la pratique arbitrale semble évoluer vers une règle cohérente.

6. Section 2 : En matière de la notion d'investisseur:

La notion d'investissement, « notion maudite du système CIRDI ? »[3], est ainsi cruciale dans la mesure où elle se situe au cœur de la compétence du Centre. Elle fait néanmoins l'objet d'appréhensions différentes variant entre la conception objective et la conception subjective, bien que le Test de Salini demeure encore nettement employé dans la « jurisprudence CIRDI »[4].

(1) Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, supra, n. 79, par. 63.

(2) Plama Consortium Ltd c. la République de Bulgarie, Affaire CIRDI n°ARB/03/24, décision rendue en matière de compétence du 8 février 2005

(3) BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, la notion maudite du CIRDI ? », in Les Cahiers de l'Arbitrage, 2007/4, pp. 33 à 39.

(4) BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, le chaos s'amplifie devant le CIRDI », in Les Cahiers de l'Arbitrage, 2009/4, pp. 40 et suivants

Ce test qui a d'abord été énoncée dans l'affaire CIRDI opposant Salini au Royaume du Maroc[1] présente une liste de caractéristiques nécessaires auxquelles une opération doit répondre pour être considérée comme un investissement. En pratique, de nombreux tribunaux d'investissement ont attribué ce sens objectif au terme investissement pour le distinguer des opérations commerciales ordinaires et ont exigé qu'il présente certaines caractéristiques inhérentes.

La pertinence de ces caractéristiques, leurs contours spécifiques et la nature juridique du test restent largement débattues, y compris la question de savoir s'il devrait être appliqué, uniquement, dans le contexte d'une procédure CIRDI. Les tribunaux ont aussi parfois exigé qu'une opération contribue de façon significative au développement de l'État hôte.

En revanche, certains tribunaux considèrent que le libellé des traités d'investissement est la seule source appropriée de définition du terme « investissement » compte tenu de l'exigence essentielle du consentement des parties, et du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent faire connaître à l'avance, s'ils le désirent, les catégories de différends qu'ils envisageraient ou non de soumettre au Centre.[2]

Enfin, ces divergences deviennent difficiles à tolérer lorsque des questions identiques,

(1) Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, CIRDI n° ARB/00/4.

(2) L'article 25(1) de la Convention de Washington subordonne la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI à une double condition de consentement : d'une part, celui des États en présence par la ratification préalable de la Convention de Washington par l'État de l'investisseur et par l'État partie au différend et, d'autre part, le consentement spécifique des parties au litige en vue de soumettre leur différend à l'arbitrage d'un tribunal sous l'égide du CIRDI. L'arbitrage CIRDI peut résulter soit d'une clause du contrat d'investissement conclu entre l'investisseur et l'État d'accueil, soit d'un compromis établi entre ces parties lors de la survenance du différend.

concernant le même Etat, sont tranchées différemment par différents tribunaux d'arbitrage, comme c'est actuellement le cas concernant l'existence de l'Etat de nécessité en Argentine en 2002 et les implications de cette situation[1]. Certains ont proposé de régler ce problème en transformant, en fait ou en droit, les comités ad hoc en comités d'appel. Cependant, ce projet a, à son tour, créé divers problèmes. Il a été abandonné, et nous sommes actuellement limités à dépendre du bon sens des arbitres[2].

Le nombre d'accords bilatéraux qui ont cherché à définir le concept d'investissement a augmenté en donnant un concept multi- facettes de l'investissement ce qui aide les arbitres, en particulier ceux institués auprès du CIRDI en vertu de la Convention de Washington 1965 pour le règlement des différends. Toutefois, il ressort de l'examen de ces conventions internationales l'absence d'une définition générale de l'investissement et de critères objectifs permettant de le caractériser.

Comme signalé, ci- dessus, les arbitres du Tribunal arbitral, dans le cadre de l'affaire Salini c. Royaume du Maroc, ont tenté de donner une définition claire du concept d'investissement, sur la base de la définition contenue dans le traité entre les deux États en se basant sur trois critères principaux, à savoir :

le critère de l'apport, de l'apport en capital, de l'apport en nature ou autre;

(1) Theodore Christakis, 'Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du Comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine' 111 (2007) RGDIP 879

(2) Voir Karl Sauvant (dir.), Appeal mechanism in international investment disputes (2008)

Les critères de durée ;

Les critères de risque d'investissement impliquent nécessairement le partage des profits ou des pertes de l'investissement.

Malgré ce consensus jurisprudentiel, il existe encore une controverse sur un quatrième critère, à savoir la contribution de l'investissement au développement économique, qui met en danger la sécurité judiciaire et contractuelle de ces accords.

Deuxième chapitre : Mesures proposées pour éviter les interprétations invasives du Tribunal Arbitral

7. Section 1 : Reformulation des normes du droit international contenues dans les TBI

Sur l'échelle international et dans le cadre de sa stratégie globale d'ouverture et de libéralisation, le Maroc a procédé, durant la dernière décennie, à la mise en place d'un cadre juridique propice au développement de ses relations commerciales avec certains de ses partenaires potentiels, à travers la conclusion d'accords de libre-échange et d'APPI. Devant l'accroissement spectaculaire de ces accords (plus de 75 APPI), la réforme du régime de ces accords d'ancienne génération était devenue une nécessité pour le gouvernement marocain. En effet, la réforme des APPI s'est traduite par l'élaboration d'un nouveau modèle plus actuel et plus moderne avec l'appui de l'assistance technique de la CNUCED qui a joué depuis l'année 2015, un rôle crucial dans cette démarche.

De ce fait, il convient de souligner que les accords internationaux d'investissement contiennent un ensemble de clauses qui régissent toutes les étapes du processus d'investissement, de la date de sa création à la date de son arrêt ou son interruption[1]. Ces constituent un cadre international pour les opérations d'investissement, transformant la relation interne entre l'investisseur étranger et l'État hôte en une relation internationale soumise au droit international. Ce droit est généralement plus protecteur des investissements internationaux que les lois nationales, où les accords contiennent une gamme de garanties qui sont bénéfiques pour les opérateurs du processus d'investissement.

Dans ce contexte, il faut distinguer entre deux modèles d'accords internationaux d'investissement: Il s'agit du modèle européen qui se présente comme étant un modèle traditionnel qui n'oblige pas nécessairement l'État d'accueil à appliquer à ses ressortissants la norme du traitement national (TN), sauf au cours de la phase post- création du projet d'investissement. Le deuxième modèle américain, qui lui, est le plus récent, oblige le pays hôte à appliquer le principe du TN dans la phase pré- investissement[2].

A cet égard, dans la mesure de sécuriser la politique d'investissement national et de

(1) Ces obligations internationales sont également au cœur des accords de libre- échange signés par les États- Unis, en l'occurrence ceux stipulées dans le cadre de l'accord conclu avec le Canada et le Mexique : l'Accord de libre-échange nord- américain (ALENA) datant de 1992, dont le chapitre XI porte sur les investissements. Cet accord constitue la forme de référence pour le reste des accords de libre- échange que le gouvernement américain a plus tard conclu avec plusieurs pays, y compris le Royaume du Maroc.

(2) Le modèle américain d'accords internationaux pour la protection et la promotion de l'investissement datant de 2004, est considéré comme étant le modèle le plus répandu maintenant dans le monde. Il est caractérisé par la protection de l'investissement étranger, plaçant ainsi sur le pays hôte un large éventail d'obligations envers les ressortissants américains.

pallier aux interprétations invasives des instances arbitrales, il paraît judicieux de s'intéresser, en guise de piste d'amélioration, à la nécessité de revoir la rédaction de quelques normes prévues au niveau des accords internationaux d'investissement, d'autant plus que la ratification par le Royaume du Maroc de l'accord de libre-échange continental africain (ZlecAF) en date du 18 avril 2022, exige la remise en question l'avenir de la rédaction ces Traités.

Concernant la notion d'investisseur : La plupart des Accords internationaux d'investissement tendent à atténuer les risques associés à la définition de l'investisseur protégé, qu'il soit physique ou moral, à travers la rédaction de formulations abstraites et imprécises, selon lesquelles plus d'un critère est utilisé pour démontrer une véritable relation économique entre l'investisseur et son État d'origine. C'est pourquoi, il est nécessaire de définir l'investisseur étranger, afin de mieux cerner le droit de bénéficier de l'éventail des privilèges et des garanties prévues dans les accords internationaux, qui prennent généralement la forme de garanties juridiques, financières et conflictuelles. La définition précise de la notion d'investisseur est fondée sur un ensemble de critères déterminés par l'État à savoir le critère de la nationalité[1], l'État de création de l'investissement[2], du siège

(1) La nationalité est une association juridique par laquelle un individu est déterminé à appartenir au territoire d'un État particulier. Pour l'investisseur, la nationalité de l'intéressé est déterminée par l'association territoriale, de sorte que l'intéressé a sa propre nationalité qui n'est pas nécessairement confondue avec celle des personnes physiques.

(2) Plusieurs conventions bilatérales établissent deux critères : Le critère de l'État de l'Etat de création de l'investissement et le critère du siège social. Ces critères sont parmi les plus courants. Le problème, cependant, réside dans le fait que le critère de l'Etat de création peut dépendre d'une relation fragile et faible entre l'investisseur et l'Etat de nationalité et est utilisé par plusieurs sociétés inculpées dans des infractions fiscales pour échapper à leurs obligations fiscales.

social[1] ainsi que le critère de contrôle[2]. Ces accords prévoient, également, la combinaison desdits critères. Dans le but d'éviter l'élargissement du champ d'application de l'accord international et donc l'accroissement des différends d'arbitrage, il est recommandé d'exclure le critère de l'intégration des accords d'investissement bilatéraux afin d'identifier la catégorie d'investisseurs protégés en relation avec les groupes de sociétés. [3]

Concernant la clause relative au traitement national : La norme du traitement national a connu une évolution importante à travers le temps dans le cadre des accords d'investissement dans la mesure où elle était à l'origine accordée aux investisseurs étrangers uniquement après leur entrée dans le pays hôte. Ce modèle post- investissement est appliqué aux investissements acceptés conformément aux lois et règlements de l'État hôte, et est actuellement le modèle le plus courant. Toutefois, de récents accords bilatéraux d'investissement ont étendu cette norme à la phase pré-investissement. Dans la perspective de ne pas affecter négativement la

(1) Définie comme l›adresse administrative de l'investisseur où ses bureaux et sa direction sont situés et où se tiennent les réunions de ses assemblées générales. Il peut être indépendant du centre de son exploitation en termes de son commerce et de ses activités. Cependant, il demeure son domicile légal. Il est obligatoirement fixé dans les statuts.

(2) Le critère de contrôle signifie que la nationalité est accordée sur la base de la nationalité des personnes qui possèdent la majorité du capital ou des actions substantielles dans la société et contrôlent ainsi l'investissement. En effet, le critère de contrôle permet d'établir que la relation entre l'investisseur et son État est étroite, tant sur le plan juridique qu'économique. Ce critère est, parfois, difficile à appliquer, car il exige la vérification de la nationalité de toutes les personnes physiques contribuant au capital de la société et est encore plus compliquée lorsque les personnes morales contribuent au capital de la société et donc au contrôle indirect. Parfois, plusieurs niveaux doivent être consultés pour voir qui contrôle l'entreprise, et donc l'investissement.

(3) Voir la sentence arbitrale partielle du 16 mars 2006 rendue dans le cadre de l'affaire de la société Suluka Investments, une société détenue à 100 % par des investisseurs Japonais qui a bénéficié de l'accord d'investissement conclu entre les États tchèques et néerlandais dans son différend avec l'État tchèque, faisant ainsi usage de la citoyenneté néerlandaise pour le groupe de sociétés qui y est incorporé

politique de promotion et de croissance des PME nationales, dans le cas où ces mêmes concessions sont accordées aux investisseurs nationaux et étrangers, il est recommandé d'exclure en détail, les mesures prises par le pays hôte dans le cadre de l'octroi de prêts, des garanties et des assurances en vue de promouvoir les activités d'investissement locaux.

Concernant la clause de la nation la plus favorisée : Le dénominateur commun de tous ces accords internationaux est la clause de la nation la plus favorisée (NPF), selon laquelle l'État hôte accorde aux parties contractantes à des accords d'investissement un traitement non moins favorable que celui accordé à d'autres États en vertu d'autres traités dans les mêmes domaines qu'ils couvrent. De même, il ressort d'une comparaison des accords d'investissement, surtout bilatéraux, que la majorité des accords appliquent la règle du NPF dans la phase post- investissement.[1] D'autre part, il convient de préciser qu'il existe une différence dans la formulation de la règle de la nation la plus favorisée dans les accords d'investissement conclus entre les États en ce qui concerne l'octroi des avantages de la nation la plus favorisée aux investisseurs ou à leurs investissements, lorsque l'acceptation d'investissements étrangers en droit international coutumier est soumise au pouvoir discrétionnaire d'investissement du pays d'accueil. Dans ce

(1) La CNUCED définit cette méthode comme le «système de contrôle des investissements», ce qui signifie que la règle NPF ne s'applique qu'aux investissements qui ont été acceptés et réalisés conformément aux lois du pays hôte. Ainsi, le Royaume du Maroc est en mesure de contrôler l'entrée d'investissements étrangers sur son territoire et de refuser ou d'exclure certains investissements étrangers dans certains secteurs, par exemple dans le but de protéger les investissements nationaux ou certains secteurs émergents ou stratégique pour des raisons politiques, sociales ou autres.

sens, il est recommandé d'unifier la formulation de cette clause chose qui demeure difficile étant précisé que les parties contractantes prévoient des dérogations à la clause de nation la plus favorisée pour chaque mesure, secteur ou activité, à condition que cette violation soit incluse dans la liste des exceptions spécifiques pour chaque État. [1]

Concernant la clause du traitement juste et équitable : Historiquement, la norme du traitement juste et équitable est un concept relativement récent, bien qu'il figure dans les premiers accords sur la promotion et la protection des investissements et dans le domaine de la législation internationale en matière d'investissement en général. Les éléments constitutifs de ce principe sont selon la jurisprudence arbitrale, l'obligation de protection[2], l'absence d'arbitraire[3], la transparence et les attentes légitimes des investisseurs, [4] ainsi que la bonne foi [5]. Sur cette base, la formulation de cette clause devrait s'aligner avec les critères retenus par la pratique arbitrale tout en garantissant un climat d'investissement transparent et prévisible afin que l'investisseur puisse planifier son activité et contrôler ses actions.

(1) Voir la sentence arbitrale rendue par le CIRDI le 25 janvier 2000 dans l'affaire Mafezzini c. Espagne.

(2) Cette obligation est un principe bien établi du droit international coutumier et a été adoptée par les arbitres, qui considèrent que son non- respect constitue une violation du principe de traitement juste et équitable.

(3) Dans plusieurs affaires, les arbitres ont estimé que la mise en œuvre de mesures déraisonnables constituent une violation de la règle du traitement juste et équitable, en particulier lorsque la conduite de l'État était arbitraire ou discriminatoire lorsque l'investisseur a été lésé en raison de sa nationalité ou de son sexe, ou en raison du non-respect des procédures judiciaires.

(4) Des accords récents, y compris les articles 10 et 11 du Modèle américain de 2004 et le Traité sur la Charte de l'énergie, stipulent que la transparence dans les actions et la législation du pays hôte doit être assurée en matière d'investissement.

(5) La conduite d'un État de mauvaise foi a été considérée par les tribunaux arbitraux comme une présomption de violation de la règle de traitement juste et équitable.

Concernant la clause de règlement des différends dans les accords bilatéraux d'investissement : Les mécanismes de règlement des différends entre l'État et l'investisseur commencent principalement par la négociation, la conciliation et la médiation. Ces modes alternatifs de règlement des litiges ont des caractéristiques importantes, notamment vu le fait qu'ils constituent des solutions non judiciaires et non contraignantes. A cet égard, il convient de souligner que certains accords prévoient simplement le principe du règlement amiable des différends sans préciser le type de moyens. La majorité des accords bilatéraux prévoient, en cas d'échec des mécanismes amicaux le recours aux tribunaux locaux. De ce fait, il est important de souligner l'importance de prévoir dans le corps de l'accord un certain délai (par exemple, six mois ou un autre délai) après lequel des recours judiciaires sont permis pour protéger les parties. En effet, l'arbitrage d'investissement n'est plus considéré comme un mode de règlement des litiges « unilatéral », par lequel l'investisseur bénéficiait d'une protection absolue. Quant à la loi applicable, certains accords d'investissements ne font pas référence à cette question et se réfèrent simplement implicitement à la loi applicable dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, comme le Centre international pour le règlement des différends d'investissement entre Etats et investisseurs étrangers (CIRDI).

8. Section 2 : D'autres réformes possibles proposées

Malgré la diversité des traités d'investissement, on pourrait, éventuellement, proposer des réformes possibles sur une base multilatérale. Il s'agit en l'occurrence de la mise en place de modèles d'interprétation cohérente des dénominateurs communs des dispositions récurrentes, et de clarifier ainsi les normes et principes fondamentaux par une interprétation constante et cohérente.

On notera, à cet égard, que les normes de transparence du RDIE, telles qu'élaborées par le CIRDI en 2006 et par la CNUDCI en 2013 et 2014, prévoient l'accès des tribunaux arbitraux aux ordonnances et décisions. Grâce à ces normes et à la publication des décisions de RDIE, les tribunaux arbitraux auraient plus facilement accès aux décisions antérieures, ce qui aiderait à promouvoir un système de Précédents[1].

Une autre option s'avère pertinente. Il s'agit de la création d'un mécanisme d'appel autonome[2]. La principale fonction d'un organe d'appel est d'assurer la régularité des décisions sur la forme et sur le fond. Il serait chargé d'examiner les décisions sur le fond et permettrait la mise en œuvre d'un système de Précédents contraignants. Il faudrait en limiter la portée de façon à ne pas réexaminer les affaires de novo.

On pourrait également envisager un système permettant l'examen préalable des

(1) Constance et questions connexes, CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), loc. cit.

(2) ZARRA, GIOVANNI, The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?, 2018, Chinese Journal Of International Law (178- 179)

projets de sentences arbitrales[1]. L'examen des sentences est une caractéristique du Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, souvent décrite comme bénéfique dans la mesure où elle améliore la qualité et le caractère exécutoire des sentences. On pourrait concevoir un système similaire pour assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE.

Certains traités d'investissement récents ont prévu la création d'un tribunal, constitué en institution internationale permanente. La raison en est qu'en siégeant en permanence et en statuant sur des affaires au fil du temps, les juges rendraient des décisions constantes.

Conclusion

Sur la base des positions récentes des tribunaux du CIRDI sur le rôle des précédents, un tableau assez clair apparaît. Bien que les tribunaux rejettent systématiquement la notion de précédent juridiquement contraignant sous forme de stare decisis, ils tentent de se conformer aux décisions antérieures rendues par le CIRDI et d'autres tribunaux d'investissement, développant ainsi une jurisprudence de fait. Même lorsqu'ils s'abstiennent d'aborder explicitement la question des précédents, les

(1) Ibid, 179.

tribunaux du CIRDI s'appuient en fait sur des décisions antérieures pour façonner un ensemble toujours plus élaboré de lois sur les investissements.

En guise de conclusion, nous tenons à souligner trois points principaux : Premièrement, à mesure que l'arbitrage s'étend dans de nombreux domaines et que les activités économiques deviennent plus diversifiées et complexes, nous devons de plus en plus différencier les types de conflits et des utilisateurs.

Deuxièmement, la question de savoir si l'élaboration de règles contraignantes par le biais de décisions arbitrales est souhaitable ou non dépend de la nécessité, à savoir le besoin de certitude et de prévisibilité, ainsi que le besoin de cohérence ou d'égalité de traitement. De tels besoins existent clairement dans des domaines où la loi n'est pas encore bien développée.

Troisièmement, nous sommes à un moment où nous avons probablement atteint ou peut- être dépassé le sommet de la mondialisation et de la libéralisation des échanges, avec la rupture des cycles de Doha, l'émergence de régulateurs de plus en plus protectionnistes, et l'adhésion des sceptiques du commerce au Congrès américain.

À l'heure actuelle, en raison de l'évolution de l'environnement, la prévisibilité et l'uniformité de la primauté du droit sont plus importantes que jamais. Enfin, il est important de se rappeler que la crédibilité de l'ensemble du système de règlement des différends dépend de l'uniformité, car un processus de règlement des différends qui produit des résultats imprévisibles perdra la confiance des utilisateurs à long terme et va à l'encontre de son propre objectif. Ces derniers points mènent à la

conclusion générale que le « précédent arbitral » est une nécessité pour certains types de différends, ne serait- ce que dans l'intérêt de la primauté du droit.

Ainsi, nous considérons que la question de savoir si le rôle des précédents devrait s'accroître de manière à devenir contraignant ou non dépend principalement des besoins des destinataires des règles d'arbitrage international et de la portée de ces règles, Par conséquent, la question principale est de savoir s'il est nécessaire de renforcer le rôle des précédents dans l'arbitrage.

À la lumière de tout ce qui précède, on peut tirer les conclusions suivantes : « [...] le sens du terme « précédent » dans l'arbitrage international impose la nécessité de tenir compte » plutôt que l'obligation de donner à la jurisprudence un pouvoir exécutoire; « le principe d'uniformité », qui doit être observé en application de la Loi type de la CNUDCI, peut être légèrement équilibré avec l'obligation de prendre, dans tous les cas, en compte les usages du commerce lors de la décision sur un différend (que les parties aient ou non désigné un système juridique particulier), il n'est donc pas nécessaire que le rôle du précédent soit renforcé pour devenir contraignant ; toutefois, le précédent doit être pris en compte lors de la décision sur un différend, compte tenu des similitudes possibles entre certains différends et les divergences qui peuvent découler du règlement de deux différends similaires de manières différentes; —il est encore nécessaire de clarifier (i) les exigences pour qu'une sentence devienne un précédent en arbitrage, (ii) la force obligatoire du précédent, (iii) les sanctions à appliquer pour non- respect de la force donnée, et (iv) les lignes directrices pour

établir le degré de similarité entre les différends, soit par doctrine, soit par des mesures législatives.

La Loi type de la CNUDCI, ainsi que les règles d'arbitrage international en général, ne sont pas principalement choisies par les récipiendaires pour la prévisibilité des sentences qui leur sont accordées, mais plutôt pour la liberté de créer un système personnalisé pour résoudre leur différend.

De ce fait, nous estimons que l'établissement d'un précédent revêt une très grande importance, peu importe la procédure qui règle un différend, compte tenu du fait que les précédents donnent un degré plus élevé de prévisibilité au droit, À ce titre, les précédents peuvent inspirer la bonne foi dans la conduite des parties, ainsi que dans la façon dont un différend est résolu.

Néanmoins, dans l'arbitrage commercial international, les précédents contraignants sont susceptibles de créer une limite au règlement des différends et de modifier l'objet de l'arbitrage, aspects qui, à mon avis, dépasser les avantages possibles de l'amélioration du rôle des précédents dans l'arbitrage international.

Bibliographie

Ouvrages généraux:

- Alain Rey, Dictionnaires le Robert, Nouvelle Edition, 1988.

Ouvrage spéciaux en langue anglaise :

- Karl Sauvant, Appeal mechanism in international investment disputes, Oxford University Press (2008), p.110. Consultable sur le lien suivant :(https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/AppealsMechanisminInternationalInvestmentDisputes- ToC_000.pdf?msclkid=35fe6625c0a311ecb1084f72c9245de0)

- Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, 'Precedent in International Arbitration' N°5, JurisNet, IAI series on international arbitration, 15/01/2008, 978- 1-933833- 14- 9 Général, p. 10, Chapitre IV.

Articles :

- الدكتور زكرياء الغزاوي، المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، ص 110، المجلد 2، العدد 1، 2021؛

- Gabrielle Kaufmann- Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', Arbitration International, Oxford University Press 2007, Volume 23, p. 357 – 378.

- Gilbert Guillaume, 'The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators', Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press 2011, Vol. 2 p. 5 – 23;

- Viviana Alexandra Botoaca, 'Role of Precedent in International Arbitration', Revista Român de Arbitraj, Wolters Kluwer România, Volume 14 Issue, 2021, p. 51 - 64;

- Mark Baker et Cara Dowling, "developments and reform of investor-state dispute settlement", Norton Rose Fulbright, Juin 2017 (https://www.nortonrosefulbright.com/- /media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration- review- - - issue- 8.pdf?revision=&revision=).

- Stephen Fietta, 'Expropriation and the Fair and Equitable Standard: the Developing Role of Investors' Expectations', Journal of International Arbitration, Volume 23 (5) – 1er janvier 2006, p.23–25 375 consultable sur le lien suivant: (https://www.deepdyve.com/lp/kluwer- law-international/expropriation- and- the- fair- and- equitable- standard-8wWsgrEnLi?msclkid=2b2cf1a7c0a311ec83cce86a4fdf5c06);

- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, la notion maudite du CIRDI ? », Les Cahiers de l'Arbitrage, 2007/4, pp. 33 à 39;

- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, le chaos s'amplifie devant le CIRDI », Les Cahiers de l'Arbitrage, 2009/4, pp. 40 et suivantes;

- Theodore Christakis, 'Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du Comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine', Revue générale de droit international

public, ISSN 0373- 6156, Vol. 111, Nº 4, 2007, p. 879- 896.

Jurisprudence :

Arbitrage ad- hoc :

- Sentence arbitrale partielle rendue dans le cadre de l'affaire Eureko B.V. c. République de Pologne, le 19 août 2005, consultable sur le lien suivant :(https://jusmundi.com/fr/document/decision/en- eureko- b- v- v- republic- of- poland- partial- award- friday- 19th- august- 2005#decision_682).

Arrêts de la Cour Internationale de Justice :

- Arrêt de la Cour Internationale de Justice du 24 mai 2005 (Projet Gabشikovo- Nagymaros opposant la Hongrie à la Slovaquie), consultable sur le lien suivant :

(https://www.icj- cij.org/fr/affaire/92/arrets?msclkid=ea487b32c0a311eca0f876ac81ee3f00)

Jurisprudence arbitrale consultable sur le site du CIRDI:

- Décision rendue en matière de compétence dans le cadre de l'affaire

CIRDI n°ARB/97/7), le 25 Janvier 2000 (Emilio Agustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne ;

- Décision rendue en matière de compétence dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/03/24, le 8 février 2005 (Plama Consortium Ltd c. la République de Bulgarie).

- Décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/03/15, le 27 avril 2006 (El Paso Energy International vs Argentine Republic) ;

- Décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/05/7, le 21 mars 2007 (Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh) ;

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/87/3, le 27 juin 1990 (AAPL c. Sri Lanka) ;

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/97/3, le 20 août 2007 (Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. la République d'Argentine);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/02/08, le 6 février 2007 (Siemens A.G. c. la République d'Argentine);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/99/2,

le 11 octobre 2002 (Mondev International Ltd. C. les USA);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/01/12, le 14 juillet 2006 (Azurix c.la République d'argentine) ;

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/02/5, le 19 janvier 2007, (PSEG c. République de Turquie);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/02/13), le 31 janvier 2006 (Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Hashemite Kingdom of Jordan);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/01/11, le 12 octobre 2005 (Noble Ventures, Inc. c. Roumanie);

Webographie

- Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition, consultable sur le lien suivant : (https://www.dictionnaire- academie.fr/article/A9P3883).

Rapport :

- Constance et questions connexes, CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre- 2 novembre 2018 (référence : A/CN.9/WG.III/WP.150).

XII. Réflexion sur l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements entre le Royaume du Maroc et la République Fédérative du Brésil

Zakaria Laghzaoui

Chef de Division des Affaires Commerciales

et du Contentieux Arbitral

I- **Introduction**

Au cours des dernières décennies, le Royaume du Maroc a mis en œuvre une batterie de mesures qui visent à faciliter l'accès de l'investisseur étranger au marché national. Ces mesures expriment l'attachement du Royaume du Maroc à la nécessité de renforcer la coopération internationale en matière de promotion des investissements.

Dans ce contexte, le Maroc a récemment signé de nouveaux accords d'investissement, notamment l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements (ACFI) avec la République Fédérative du Brésil, conclu à Brasilia le 13 juin 2019.

Cet accord a été approuvé et publié au Bulletin Officiel n° 6870 du 2 avril 2020.

Ledit accord a pour but de promouvoir l'investissement mutuel et la mise en œuvre d'une stratégie d'investissement comprenant un ensemble de mécanismes. Il vise, également, à réglementer les relations entre les investisseurs étrangers et le pays

d›accueil, axées sur la coopération et la facilitation des flux d›investissement.

II- Le Maroc et les accords d'investissement

Du fait de l'ouverture du Maroc aux investissements étrangers et de la position qu'il occupe en tant que destination attractive potentielle pour les capitaux étrangers, grâce à sa stabilité politique et économique et en vue de s'aligner avec le développement du recours à l'arbitrage comme un moyen de règlement des litiges liés à l'investissement, l'État marocain a introduit un ensemble d'amendements à ses lois nationales, notamment au sein du Code de procédure civile, en 2007. Le Maroc a également pris part activement au mouvement tendant à la modernisation de l'arbitrage international, par son adhésion aux conventions internationales pertinentes, en particulier la Convention de New- York de 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et la Convention de Washington de 1965, portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Cela s'ajoute à la conclusion d'un ensemble d'accords sur la protection et la promotion des investissements internationaux (APPI), dont le nombre a atteint 75 accords bilatéraux, en plus de l'Accord de libre- échange avec les États- Unis d'Amérique (ALE).

Par ailleurs, depuis 2015, le Maroc a adopté une stratégie visant à négocier et à signer des accords de coopération et de facilitation des investissements (ACFI), en lieu et place des accords traditionnels, à savoir les traités bilatéraux d'investissement (TBI)

qui, notamment, établissent les droits matériels de l'investisseur et font de l'arbitrage investisseur- État la méthode de résolution d'éventuels litiges.

III- Dispositions pertinentes de l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements entre le Royaume du Maroc et la République Fédérative du Brésil (« Accord Maroc- Brésil »)

L'Accord Maroc- Brésil est une consécration de la nouvelle stratégie élaborée par le Maroc.

Plusieurs de ses dispositions révèlent une préoccupation face aux critiques communément adressées au modèle traditionnel de TBI. À la différence de ces derniers, l'Accord Maroc- Brésil vise à réaliser un meilleur équilibre entre la protection des investissements et le programme de développement de l'État hôte, en visant à établir des programmes thématiques pour promouvoir la coopération en vue de faciliter et d'encourager les investissements, tels que des mesures qui concernent la réduction des obstacles réglementaires.

Le but de cet accord serait donc de faciliter l'investissement, et non pas seulement sa protection (art. 1), tout en mettant en place une étape préliminaire consistant à faire appel à un Comité Conjoint avant d'engager une procédure d'arbitrage contre l'État hôte sur la base du traité (art. 19).

En privilégiant le recours à des efforts diplomatiques entre les États parties, le modèle marocain est censé se concentrer sur la prévention des conflits et les interactions

amicales entre États.

A. - **Nouveau libellé aux anciennes clauses**

Pour ce faire, cet accord apporte un nouveau libellé aux anciennes clauses traditionnelles insérées dans les TBI, comme le « traitement national », le « traitement de la nation la plus favorisée » et « l'expropriation ». Il introduit, également, de nouvelles clauses de sauvegarde pour réglementer les investissements et le comportement des investisseurs, et s'appuie sur un mécanisme de règlement des différends éloigné du modèle d'arbitrage investisseur- État largement inclus dans les TBI.

Outre la modernisation des anciennes clauses, cet accord contient également des dispositions qui, historiquement, étaient étrangères aux traités d'investissement : en effet, il comprend des articles sur la responsabilité sociale des entreprises (art. 13), indiquant que les investisseurs et leurs investissements doivent s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de contribution au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale, à travers l'adoption d'un degré élevé de pratiques socialement responsables, sur la base des principes et des normes volontaires énoncés dans l'Accord.

La protection des investisseurs reste une préoccupation majeure dans ce modèle d'accord ; créer et maintenir des conditions favorables aux investissements est un objectif explicite mentionné dans le préambule, et plusieurs clauses visant à protéger les investissements font également partie de cet ACFI, telles que le dédommagement des pertes (art. 7), la transparence (art. 8), les transferts (art. 9), etc. Cependant, il

prévoit des dispositions destinées à protéger et, de fait, à promouvoir le programme de développement du pays hôte.

B. - **Nouvelles dispositions au profit de l'investisseur**

L'ACFI Maroc - Brésil reproduit des règles importantes qui profitent à l'investisseur, telles que l'interdiction du traitement discriminatoire. Cependant, il convient de noter que ces règles matérielles ne constituent pas nécessairement des droits de l'investisseur, car, comme indiqué ci- dessous, l'investisseur n'a aucun recours direct contre l'État d'accueil en cas de violation de l'accord. L'accord contient également des règles générales pour faciliter le transfert de ressources et protéger les investisseurs en cas d'expropriation directe, ainsi que pour imposer une obligation de transparence aux parties concernant leurs lois, règlements, procédures et décisions administratives liées à des sujets couverts par l'accord. Il était également prévu qu'avant l'adoption de toute nouvelle mesure par l'État partie, la possibilité serait donnée à l'autre partie et aux personnes intéressées de présenter des observations sur les mesures proposées.

En outre, cet accord traite d'autres situations qui, selon les règles communément adoptées dans les TBI traditionnels, pourraient donner lieu à des demandes d'indemnisation de la part d'investisseurs contre les États d'accueil. En ce sens, le traité exclut, par exemple, la possibilité de reconnaître l'expropriation indirecte, en prenant des mesures réglementaires non discriminatoires (art. 6.4). Pour certains commentateurs, l'exclusion de la protection ou de l'indemnisation en

cas d'expropriation indirecte crée une lacune importante dans le régime lié aux investissements étrangers; puisqu'il s'agit de l'un des fondements les plus fréquents dans les revendications entre les investisseurs et l'État d'accueil.

Toujours concernant l'indemnisation, l'accord Maroc - Brésil établit qu'en cas de dommages résultant d'un conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence national, d'une insurrection, de troubles ou de tout autre évènement similaire, les investisseurs des parties bénéficieront du même traitement accordé par cette partie à ses propres investisseurs ou du traitement accordé en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, si celui- ci est plus favorable à l'investisseur, notamment en termes de restitution, d'indemnisation, de compensation ou tout autre règlement (art. 7.1). Là encore, le but est de « protéger » l›État de toute demande fondée sur ces situations factuelles.

Cet accord contient également un article intitulé « Exceptions concernant la sécurité », consacré à la liste des mesures que les parties peuvent prendre, sans que cela soit interprété comme une violation de l'accord, telles que les mesures visant à protéger la sécurité nationale, l'ordre public ou l'application des dispositions des lois pénales (art. 12).

Enfin, d'autres éléments novateurs de l'Accord Brésil - Maroc par rapport aux TBI traditionnels, sont la reconnaissance de l'importance des mesures de lutte contre la corruption et l'inclusion d'obligations pour de meilleurs efforts de responsabilité sociale des entreprises envers les investisseurs (art. 13). Ainsi, ces derniers « doivent

s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible » pour, entre autres mesures, « stimuler le progrès économique, social et environnemental visant à parvenir à un développement durable », « respecter les droits de l'homme internationalement connus des personnes impliquées dans les activités des entreprises » et « encourager le renforcement des capacités locales, grâce à une coopération étroite avec la communauté locale ». En outre, les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en réduisant les exigences de leur législation du travail, de l'environnement ou de la santé.

C. - **De nouvelles mesures pour l'administration de l'Accord**

Pour superviser la mise en œuvre et l'exécution de l'accord, un Comité Conjoint d'Administration de l'Accord sera créé, composé de représentants des gouvernements des deux parties, avec des réunions au moins une fois par an, en alternance de présidence entre les parties. Ce comité servira également, conformément à l'Accord Maroc - Brésil, à discuter des possibilités d'expansion et de facilitation des investissements dans les États parties, ainsi que d'établissement d'un programme pour une plus grande coopération et facilitation des investissements, « sur les questions pertinentes en matière de promotion et d'amélioration de l'environnement des investissements bilatéraux » (art. 14).

L'accord Maroc - Brésil prévoit ainsi la nomination, par chaque partie, d'un Point Focal National ou « Ombudsmen » dont la fonction, entre autres, sera de soutenir les investisseurs de l'autre partie sur son territoire (art. 15). Pour le Maroc, le

Point Focal National, ou « Ombudsmen », se situera à l'Agence Marocaine de Développement des Investissements et des Importations (AMDIE).

D. La prévention des différends d'abord…

Contrairement aux TBI traditionnels, qui prévoyaient la résolution des différends entre les investisseurs et l'État hôte par arbitrage, cet accord, n'ayant pas de telles prévisions, serait censé se concentrer sur la prévention des conflits et les interactions amicales entre États parties, en prévoyant une phase initiale de prévention des différends. À défaut d'accord, la partie lésée garde son droit d'engager un arbitrage d'État à État. Les deux choix peuvent être considérés comme des étapes tangibles vers le développement de l'État hôte.

Une grande importance est accordée au règlement amiable des litiges. À cet égard, deux dispositifs institutionnels sont créés par les dispositions de cet accord, à savoir le Comité Conjoint d'Administration de l'Accord (art. 14) et le Point Focal National (Ombudsmen) (art. 15) dont la mission principale est la résolution des problèmes ou différends concernant les investissements afin d'éviter tout litige éventuel. Toutefois, en cas de litige inévitable, une phase de règlement est engagée. Les parties engagent une procédure devant ce Comité et, à l'expiration d'un délai de 60 jours, le Comité Conjoint publie un rapport avec ses conclusions ; les parties peuvent alors décider de le suivre ou non. Si aucun accord n'est conclu et que les parties décident de ne pas suivre le rapport du Comité Conjoint, un arbitrage entre États peut être engagé (art. 20).

E. **Arbitrage État – État**

L'approche du règlement, suivie de l'arbitrage État – État, peut être considérée comme favorable à la protection de l'État d'accueil. Aucun litige n'est engagé à moins que plusieurs mesures ne soient prises afin d'éviter le litige lui- même. Les deux parties sont invitées à discuter de leurs arguments et à parvenir à un règlement, tandis qu'un rapport préliminaire sur l'affaire, avec les conclusions du Comité Conjoint sur leurs demandes, est publié et mis à disposition. Le fait que les deux parties puissent discuter de leurs arguments et même recevoir une première analyse de l'affaire peut éviter un litige long et coûteux, débouchant sur un règlement à l'amiable.

Même si ce n›est pas le cas et que les parties décident de poursuivre le litige, cela ne constituera pas un arbitrage investisseur- État ; ce système a longtemps été considéré comme biaisé en faveur de la protection de l'investisseur, au mépris des intérêts des États hôtes.

L'arbitrage d'État à État, tel que proposé dans cet accord, peut être une alternative pour atteindre un meilleur équilibre entre l'investisseur et l'État d'accueil. L'investisseur lésé doit persuader son État d'origine qu'un dommage a été causé à l'investissement, afin qu'il puisse engager un arbitrage contre l'État d'accueil. Cette approche offre ainsi l'opportunité de ne traiter que les requêtes significatives tout en prévenant les réclamations dilatoires ou arbitraires menées par des plaideurs aventureux.

F. **En cas de violation de l'accord**

Si l'une des parties estime que l'accord a été violé, elle peut invoquer une « procédure de prévention des différends » devant le Comité Conjoint (art. 19), qui établira un rapport contenant ses conclusions. Si le différend persiste, la partie peut le soumettre aux mécanismes d'arbitrage entre États (art. 20.1). Les parties peuvent également, d'un commun accord, choisir d'utiliser un autre mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement ou de constituer un panel d'arbitrage spécifique pour le différend (art. 20.4).

Il faut noter que les mécanismes de règlement des différends prévus par l'accord Maroc - Brésil sont similaires au système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce, compte tenu du rôle du tribunal arbitral pour vérifier le non- respect éventuel des termes de l'accord, sans possibilité de condamnation au paiement d'une indemnité de la partie privée ayant subi des dommages du fait de la violation.

En outre, si la mesure faisant l'objet du différend a été adoptée par l'État partie afin de protéger « ses intérêts essentiels en matière de sécurité », « ce comportement ne sera soumis à aucun examen par un tribunal arbitral ».

Les arbitres, dans le cadre d'éventuels différends au titre de l'Accord Maroc – Brésil, doivent avoir l'expérience ou l'expertise nécessaire du droit international, des règles d'investissement international et du droit du commerce international, être indépendants et respecter le Code de conduite relatif au mémorandum d'accord sur

les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

L'accord Maroc - Brésil est entré en vigueur pour une période de dix ans, expirant par la suite, à moins que les parties n'en conviennent autrement et décident de son renouvellement pour une période de 10 ans supplémentaires.

Notons enfin qu'après son approbation par le Royaume du Maroc en date du 9 octobre 2019, l'efficacité du nouvel accord dépend, dans une large mesure, des efforts des gouvernements marocain et brésilien pour adopter des dispositions qui encouragent les investissements réciproques.

XIV. Sanctions alternatives, Aspects et Approche législative

CHOULLI Bouchra

Professeur à la faculté de

Droit de Tétouan

Introduction

La politique pénale actuelle du Maroc pose un grand problème : le parquet et le juge d'instruction, pour n'importe quel délit, envoient quasi automatiquement le suspect en détention préventive. Les prisons marocaines sont encombrées de détenus pour délits mineurs qui attendent leur jugement.

A ce niveau, deux questions essentielles se posent : faut- il construire de nouvelles prisons et en agrandir d'autres pour héberger les nombreux suspects qu'on envoie quotidiennement en détention préventive ? Ou faudra- il refondre toute la politique pénale, et instaurer des mesures alternatives, au lieu d'incarcérer à tout bout de champ tout « fauteur de trouble », quelle que soit la dangerosité qu'il représente sur l'ordre public ou économique ?

Pour certains magistrats, la solution du problème, vu la recrudescence de la criminalité, passe obligatoirement par la construction de nouvelles prisons et l'agrandissement d'autres. Mais pour la grande partie, la prison devrait être le dernier recours. Le mieux est de recourir aux autres mesures alternatives[1].

(1) Jaouad MDIDECH. «La politique pénale actuelle du Maroc » .La vie économique. Le 04.12.2012.

Et d'abord, qu'entend- on par « peines et mesures alternatives ? »

Les alternatives dans le domaine des peines et procédures pénales désignent le placement des solutions procédurales et punitives alternatives aux procédures et peines traditionnelles[1]. Autrement dit, on appelle peines alternatives toutes les condamnations d'auteurs de délits ou de crimes ne comprenant pas d'emprisonnement ferme[2].

Généralement, on peut considérer que l'expression « mesures alternatives » recouvre tout mécanisme permettant de trouver des solutions acceptables par des parties en différend en dehors des procédures judiciaires traditionnelles (d'où le terme « alternatif »). Ils ne se substituent pas à celles- ci mais doivent permettre de « vider les conflits » de leur substance à la satisfaction des parties.

Section 1 : Approche de la législation marocaine à l'égard des sanctions alternatives

Le choix du concept « sanctions alternatives » présente néanmoins un inconvénient, l'emploi du terme « alternatives » pourrait donner l'impression qu'il s'agit de sanctions qui viendraient en second rang, après la peine de prison ou de sanction de moindre importance, plus douces. On constatera dans cet article que les sanctions alternatives

(1) FIDANI Abdeljalil : « Les alternatives de l'action publique et les alternatives des sanctions privatives de liberté ». La politique pénale au Maroc : réalité et perspectives. Volume 1 : les travaux préparatoires du 9 et 10 et 11 décembre 2004 à Meknès. P. 71.
(2) www.hptt.peines alternatives. « Les peines alternatives, délinquance- faits et chiffres ». Dossier du jeudi 16 janvier 2003.

ne sont pas un deuxième choix, les sanctions alternatives sont conçues comme une exploration du potentiel et des limites de l'arsenal des sanctions alternatives.

9.1 : Le potentiel des sanctions alternatives :

Les intérêts que présentent les sanctions alternatives sont les suivantes :

- Absence de lourdeur dans les procédures ou processus ;
- Coût contrôlés de la prestation choisie ;
- préférence pour la confidentialité.[1]

Par ailleurs, le délinquant sanctionné par une mesure alternative continue à vivre dans la communauté, Ainsi, il conserve logement, travail, liens familiaux, et on évite que cela ne devienne des problèmes additionnels importants pendant sa détention et à sa libération. Dans la mesure où les causes de sa conduite délinquante sont liées à des problèmes qui trouvent des solutions dans la communauté que dans la prison.

Les sanctions ou mesures alternatives peuvent être souplement adaptées à la gravité du délit et à l'ampleur des efforts que l'auteur assumera pour aboutir à une solution et à une réparation, les sanctions alternatives offrent plus d'opportunités de réparation vis- à- vis de la victime et de la communauté. Elles permettent d'influencer plus facilement les comportements futurs de l'auteur, les effets des efforts de réparation (d'une transaction avec une victime ou d'une amende par exemple) sont plus intenses et durables qu'un séjour (souvent vide de sens) dans une prison.

(1) www.fr.wikipedia.org./wiki/OP.CIT.

Les sanctions alternatives font appel à un effort personnel du délinquant.

Elles postulent que le délinquant est capable de prendre ses responsabilités et d'assurer les conséquences de son comportement et, en même temps, elles offrent concrètement la possibilité de mettre en œuvre ces conduites axées sur l'avenir[1].

Les mesures alternatives (comme c'est le cas pour la transaction pénale par exemple) permettent une maîtrise du traitement du conflit et expriment la volonté d'aboutir à une solution amiable du différend[2].

Le fait que le délinquant doive donner son accord, condition d'une décision de sanction alternative, peut être perçu comme une faiblesse de ces mesures, une sanction alternative ne peut bien sûr pas être mise en œuvre sous la contrainte (à l'exception des amendes et des peines avec sursis). Le principe de l'accord et de collaboration fait référence à des valeurs positives comme la prise de responsabilité et la participation active. Si on ne peut dès lors se passer des peines traditionnelles pour ceux qui ne sont pas prêts à collaborer, on ne voit pas pourquoi, lorsqu' on a affaire à un auteur qui montre un certain sens des responsabilités et qui est prêt à collaborer,[3] la sanction alternative ne constituerait pas alors la règle, Il s'ensuit que la priorité devrait être accordée aux sanctions alternatives.

Pour les mêmes raisons, le fait qu'une sanction alternative antérieure n'ait pas été menée correctement à son terme ou qu'un délinquant ait ensuite récidivé ou même

(1) Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.6.
(2) www.vie.publique.fr/politiques.publiques/juge- justice- proximité.OP.CIT.
(3) - Daniel MARTIN. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.8 et 9.

que le délinquant ait été emprisonné, ne constitue pas en soi une raison suffisante pour ne pas (à nouveau) envisager une sanction alternative.

Il faut à chaque fois examiner si le délinquant est prêt à prendre une certaine responsabilité. Il faut à chaque fois se demander si la sanction alternative ne constitue pas la réponse adéquate à la situation problématique posée.

Les sanctions ou les mesures alternatives situent la solution là où elle doit l'être : dans la société, celle- ci est ainsi activement impliquée dans la solution du problème de la criminalité[1].

Certes, les mesures alternatives visent à répondre aux dysfonctionnements de la justice, ceux- ci se résument dans l'encombrement, la lenteur, le coût, la complexité… Ce sont des critiques formulées par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose plus des moyens matériels nécessaires pour faire face à l'augmentation du contentieux[2].

Il faut noter qu'un important soutien pour la mise en application des sanctions alternatives peut être trouvé auprès de la population.

2 : Les limites des sanctions alternatives

Les recherches sur les opinions du public en matière d'application des peines montrent que les personnes interrogées choisissent de préférence le traitement pénal qui apporte le plus à la victime, à la société et à l'auteur ; or, les avantages du

(1) Idem.
(2) www.vie.publique.fr/politiques.publiques/juge- justice- proximité.OP.CIT.

recours au juge pénal sont souvent énoncés et parmi eux sont cités, la gratuité de la procédure, le rôle actif du juge dans la recherche des preuves, les moyens d'enquête contraignants offerts au juge pénal pour la recherche de la vérité... à cela s'ajoute encore la possibilité pour la victime de se constituer partie civile et de déclencher ainsi le procès pénal malgré l'inertie des autorités de poursuite, mais aussi la spécialisation des juridictions permettant une meilleur expertise des dossiers[1].

Certes des sanctions sont nécessaires à partir du moment où des obligations existent, où des règles sont posées, car les hommes ne sont pas des anges et les règles qui existent sont souvent indispensables. Le tout est de trouver des sanctions adaptées ; comme exemple, on peut évoquer le problème du chèque (notamment du chèque sans provision) ; le législateur marocain a suivi deux politiques criminelles successives. D'abord, le recours au droit pénal qui comprend des sanctions d'emprisonnement (articles 316 et 318 du CCM) ; puis, on en est parvenu à une solution beaucoup plus raisonnable : possibilité de régulariser après l'échéance (article 313 du CCM) et interdiction de tirer des chèques (article 312 du CCM). C'est précisément là une des alternatives, des formes de dépénalisation[2]. Par ailleurs, la satisfaction des parties et la réduction du risque de récidive sont tenus en plus haute estime que la sévérité de la peine.

Il convient aussi de formuler des attentes réalistes à l'égard des mesures et peines

(1) Sur les avantages pour la victime de recourir à la voie pénale, V. B.BOULOC, « procédure pénale », Précis Dalloz, 21e Ed. 2008, N° 284.

(2) Georges LEVASSEUR. « Le problème de la dépénalisation ». Rapport de synthèse aux troisièmes journées franco- italo- espagnoles de politique criminelle d'Aix- en- Provence en septembre 1982.
http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/les_science_juridiques/la_loi_penale **10/03/2008.**

alternatives. Quoi qu'il en soit, celles- ci restent des interventions limités- mais judicieuses- dans la vie des gens. Elles ne peuvent contrebalancer que partiellement les autres influences nombreuses et durables vécues. Cela souligne une politique sociale de qualité .En France, l'efficacité des sanctions alternatives dépend en grande partie de l'effectivité dans la mise en application et dans l'exécution. Ces deux aspects ont récemment bénéficié d'une grande attention[1].

Le nombre d'assistants de justice (assistants de médiation, de probation et d'instruction) a ainsi été augmenté, la mission de ces collaborateurs des magistrats est de découvrir le sens et l'impact des délits pour mettre en évidence les éléments qui peuvent plaider en faveur de l'application d'une sanction alternative, Ils rendent également un avis sur le contenu et les conditions de réalisation de la sanction[2].

Une application effective et efficace des mesures alternatives ne peut avoir lieu sans d'importantes garanties juridiques, ce n'est pas parce que ces sanctions sont moins rigoureuses que la privation de liberté qu'elles doivent être assorties de moins de garanties juridiques, la loi organisant une procédure de médiation pénale par exemple peut de ce point de vue faire l'objet d'une appréciation tantôt positive, tantôt négative.

Les modalités d'intervention (traitement, formation, travail d'intérêt général…) sont établies de façon limitative, des limites sont aussi fixées pour la durée de la mesure.

L'auteur doit toujours marquer son accord avec la sanction proposée, le traitement ne peut être décidé que si l'auteur invoque lui- même la circonstance d'une maladie ou

(1) Ibid. P.10.
(2) - Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.10.

d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants comme cause de l'infraction.

L'auteur, comme la victime, peut se faire assister d'un avocat,

La transaction pénale n'est pas possible lorsque l'action publique est mise en mouvement ou lorsque le juge d'instruction est saisi soit par le ministère public soit par voie de constitution des parties civiles[1].

Section 2 : De quelques illustrations des sanctions alternatives :

Il convient de signaler que les sanctions alternatives sont multiples, on ne peut en envisager l'examen dans le cadre limité de cet article. On ne parlera que de : la répression administrative, la sanction civile, le travail d'intérêt général et la transaction pénale.

§1 : La répression administrative

Il convient de signaler qu'à l'heure où les juristes, s'émouvant de ce que le droit pénal « a tendance à s'insinuer partout, à devenir le simple sanctionnateur de la violation de normes civiles, commerciales ou Administratives[2], cherchent à discerner quelles pourraient être les alternatives à la justice pénale[3], une constatation s'impose, selon laquelle ces mêmes droits civil, commercial et administratif doivent eux- mêmes être réformés dans un but des préventions générales[4] ».

(1) Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.10.
(2) P – H, BOLLE, le rôle sanctionnateur, du pénal, bilan des travaux du conseil de l'Europe, Fribourg, 1985.
(3) Tel était le thème du colloque organisé en 1984 par l'université de Paris et le centre international de criminologie de Montréal, pour un compte- rendu, voir R.S.C. 1984, p. 390 et s, sur le même thème, J.BERNAT decelis, la question des alternatives, R.S.C. 1986. P. 309 et s.
(4) P – H, BOLLE, article précité.

Au Maroc comme en France, la récente extension des pouvoirs de sanctions administratives a indéniablement répondu à cette demande. En confiant à certaines autorités administratives indépendantes la faculté de sanctionner les manquements à leurs propres règlements, le législateur a entendu accroitre l'efficacité de la répression dans des domaines où le recours à la seule voie pénale ne s'était pas avéré une solution satisfaisante[1].

De nos jours, le juge pénal au sens strict, c'est- à- dire le juge judicaire pénal a perdu le monopole puisque d'autres autorités peuvent prononcer des sanctions au caractère punitif[2]. Et les autorités administratives indépendantes qui ont le pouvoir d'infliger de lourdes sanctions financières en constituent l'illustration la plus significative[3].

D'abord, l'idée générale de cette nouvelle tendance apportée par les juristes français, s'articule autour de la possibilité et l'opportunité confiée à l'administration d'appliquer la répression, parallèlement à l'autorité judiciaire qui ne constitue pas désormais le domaine réservé de cette dernière.

Plusieurs arguments et considérations ont été dégagés en la matière. Pour certains auteurs[4], « La répression administrative » est un phénomène lié à l'intervention accrue de l'Etat moderne, cette intervention fait que les « autorités administratives indépendantes » sont dotées de larges pouvoirs de sanction, ce qui résulte un redéploiement, mais aussi un renforcement de la « répression administrative ».

(1) l'impuissance de la justice à sanctionner correctement les pratiques anticoncurrentielles explique, par exemple, que la loi du 19 juillet 1977 ait accordé au ministre de l'économie le droit d'infliger lui- même des amendes, en cas de pratiques anticoncurrentielles ou de concentration, alors que, sous l'empire de l'ordonnance du 9 Août 1953, il n'avait que le pouvoir de saisir le juge. Sur ce point, voir C.TEITGEN- COLLY, « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », les petites Affiches du 17 Janvier 1990, p. 25 et s.

(2) Mohamed SAMI CHAWA. « Le droit administratif répressif, le phénomène de la dépénalisation ». Ed. 1996. P.45. (En arabe)

(3) - par exemple, il est possible de citer le conseil de la concurrence, le conseil supérieur de l'audiovisuel et la commission des opérations de bourse, intégrée à l'autorité des marchés financiers par la loi n° 2003- 706 du 1er août de sécurité financière.

(4) Mireille DELMAS- MARTY& Catherine TEITGEN- COLLY. OP.CIT- avant- propos.

Pour d'autres auteurs le recours à « la sanction administrative » est justifié, tant que la répression pénale n'est pas convenable et ne répond pas aux exigences d'une répression déterminée[1].

§2 : La sanction civile

On observe que la tendance à la dépénalisation, récemment apparue en droit des affaires, se manifeste non seulement par le recours à des sanctions administratives, mais encore par le jeu des sanctions civiles[2].

Le principe d'une responsabilité civile des personnes morales s'est imposé plus facilement que celui de leur responsabilité pénale. En droit marocain l'article 78 du Droit des Obligations et des Contrats stipule que « chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet. »

Donc, l'article 78 du Droit des Obligations et des Contrats marocain et l'art. 1382 du code civil français écartent les objections de ceux qui ne voyaient dans l'être moral qu'une personnalité fictive et, par conséquent, non susceptible d'avoir une volonté propre.

(1) Catherine TEITGEN- COLLY, «l'état de la répression administrative en France», in travaux de colloque « droit pénal et administration », ATDP, Tunis, Mai 1994, cité par A. Bouskia,» la transaction pénale en générale et douanière…» P.274.

(2) Mireille DELMAS- MARTY. « Droit pénal des affaires, partie générale, politique pénale ». Ed. Presses universitaires de France. P.252.

Pour convaincre de l'intérêt du recours à la sanction civile, il ne suffit pas de montrer que celle- ci peut être mise en œuvre avec facilité.

Encore faut- il établir que le processus répressif au terme duquel elle est infligée est suffisamment respectueux des droits des justiciables.

Comme la sanction pénale, en effet, cette sanction est infligée au terme d'une procédure judiciaire. Indépendance et impartialité des magistrats, respect des droits de la défense, existence de voies de recours à l'encontre des décisions qui infligent une sanction, sont autant de caractéristiques du procès civil qui devraient en faire le vecteur privilégié du recours à des sanctions non pénales[1].

La sanction civile, peut remplir des fonctions variables, ce qui conduit à distinguer :

La sanction exécution, dont la fonction est de contraindre le débiteur d'une obligation à s'exécuter (l'injonction de faire).

La sanction inhibition dont la fonction est de paralyser l'acte ou l'action affectée d'un vice (la nullité).

La sanction réparation, dont la fonction est d'indemniser le créancier de l'obligation inexécutée (la peine privé) ;

La diversité des dites sanctions civiles permet d'adapter la réponse juridique aux particularités de l'obligation violée.

Ainsi, l'identification du besoin à satisfaire permet de déterminer quelle est la

(1) Suzanne CARVAL. « La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée ». Ed. LGDT. P.253.

sanction la plus adaptée, par sa nature, son intensité ou son régime, pour atteindre le résultat recherché[1].

Cette voie est parfois valorisée par la doctrine .Ainsi, selon M[me] Calais AULOY (1988), la sanction civile serait « plus riche d'effets » : « Effet de justice, l'indemnité payée à l'individu lésé a un caractère plus justement retributif que l'amende payée à l'Etat ; effet utilitaire, la peine privée est susceptible de calmer certaines colères plus sûrement que l'amende ; quant à l'effet dissuasif, il reste le même. »[2]

Encore faut- il tenir compte du développement actuel des garanties en matière administrative et faire observer que la sanction civile suppose la condition préalable d'un dommage et entraine la conséquence d'un affaiblissement du rôle de l'Etat dans la mise en œuvre de la sanction, l'initiative de l'action étant réservée en principe à la seule victime, de même que la mise à exécution du jugement de condamnation[3].

§3 : La mesure transactionnelle

Il est bien entendu, que la politique de la dépénalisation ne signifie pas d'une manière mécanique ou absolue l'élimination totale de toute sanction. En plus des répressions civiles et administratives, on peut dire que la politique de dépénalisation est une moyenne nouvelle de sanctionner par la substitution des mécanismes transactionnels à une norme pénale lorsque cette dernière est inadaptable ou inutile à la spécificité de la vie économique et financière[4].

(1) Florence DE BOISSY. « Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie des sanctions » in « Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires» op. cit. P.74.
(2) Ibid. P.254.
(3) Idem.
(4) ImadKABOU. OP.CIT.P.111.

En cas de litige en matière fiscale par exemple, la procédure contentieuse est généralement longue, difficile à mener, coûteuse, et en tout cas complètement incertaine quant à son aboutissement. Le contribuable entreprise, parfois abasourdi par l'ampleur du redressement annoncé, préfère alors recourir à la seconde procédure possible, la transaction. Le choix de cette procédure permet de transiger rapidement avec l'administration et ainsi de bénéficier, tout au moins, d'une réduction substantielle de la pénalité appliquée[1].

C'est pourquoi la législation a récemment imaginé des voies intermédiaires qui tout à la fois évitent le classement sans suite[2], démoralisant pour la police judiciaire et les honnêtes gens, et la comparution du délinquant devant le tribunal.

Soucieux de développer encore davantage les réponses intermédiaires entre classement et poursuite, le législateur imagina d'introduire dans notre droit ce qui fut d'abord appelée la transaction pénale.

Schématiquement, le parquet invitait le délinquant à effectuer une prestation, comme le versement d'une somme d'argent et l'action publique se trouvait éteinte[3].

La transaction, dont des études ont montré qu'elle est l'instrument privilégié de résolution des conflits dans des domaines comme celui de la fiscalité, la douane, la

---

(1) Jean- luc ROSSIGNOL. « Du recours à la transaction lors d'un litige avec l'administration fiscale », Petites Affiches, 17 février 2003. N° : 34, P.6.

(2) Pour l'année 1993, on a compté 74% de classement sans suite, et encore dans ce chiffre quarante- huit- fois l'auteur avait pu être déterminé. Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale (dans le cadre d'un projet de loi du 1er juin 1994 qui créait la transaction pénale). Cité par Jean PRADEL, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale ». Recueil Dalloz Sirey. 1995, 23 cahier chronique : 171.

(3) Jean PRADEL, Ibid.»D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale ». Recueil Dalloz, Sirey. 1995, 23 cahiers chroniques. P.171.

matière économique, etc., est en général présentée comme étant avantageuse pour le délinquant, puisqu'elle éteint l'action publique et ce, même à l'égard des peines d'emprisonnement si elle intervient avant le jugement définitif.

§4 : Le travail d'intérêt général

Aussi, la politique pénale du Maroc adopte, de plus en plus, différentes mesures de substitution à l'incarcération[1]. Ainsi, les sanctions alternatives prévues par le projet de loi[2] intègrent entre autres mesures, le travail d'intérêt général qui est un travail non rémunéré effectuée au profit d'une association, une collectivité locale, un service ou un hôpital. La durée du travail est variable.

Le projet de loi dispose que le tribunal doit, initialement, condamner l'accusé à la peine principale, avant de décider de la remplacer par des sanctions alternatives, tout en notifiant le condamné qu'au cas où il ne se soumettrait pas à ses obligations, la peine privative de liberté sera rétablie. Le condamné a le droit d'accepter ou de refuser de se soumettre à une peine alternative[3].

Dans le même ordre d'idées, le projet de loi n°10.16[4] comporte des avancées telles que la législation conditionnée de l'avortement, l'instauration de peines alternatives ou l'introduction de nouvelles catégories de crimes (enrichissement illicite, crimes contre l'humanité,…)

De même, il s'agira de limiter les cas de recours à la détention préventive, qui sera

(1) www. Cndh.ma/ sites/ default/files/les peines alternatives.
(2) Le projet de loi pénale marocain de 2015 rédigée dans le cadre de la réforme générale de la justice.
(3) www.huffpost maghreb.com/2016/02/09/prison_maroc_loi_n_9192006.
(4) - Le projet de loi n°10.16 retiré du parlement afin d'être modifié et complété.

considérée comme une mesure exceptionnelle. A ce titre, toutes les décisions de détention devront être motivées, et seront susceptibles d'appel devant '' une chambre des libertés''. Celle- ci devra se prononcer dans un délai d'un jour à compter de sa saisine.

L'usage du bracelet électronique fera son entrée dans le quotidien des juridictions marocaines, s'ajoutant à d'autres moyens de contrôles judiciaires comme la fermeture des frontières ou la confiscation du passeport ; enfin, lors de la garde à vue, les déclarations des suspects devront obligatoirement être enregistrées par des moyens audiovisuels[1].

Conclusion

En conclusion, on peut s'interroger s'il y a de réels avantages à remplacer la sanction pénale par d'autres sanctions (administratives, civiles, travail d'intérêt général, mesure transactionnelle) qui dans leurs résultats, en sont bien proche. Cependant, ce n'est pas seul le résultat qui compte, c'est aussi la manière dont il est atteint. Comme avantage il y a l'absence de caractère infamant de la procédure.

Il y a le fait que l'action est menée non par le ministère public mais par l'Administration. Celle- ci étant directement concernée peut agir avec plus de justesse que le ministère public.

(1) https://www.médias24.com>droit

القرارات والأحكام القضائية

القرار رقم 211/1

الصادر بتاريخ 26/04/2018

في الملف التجاري عدد 1227/3/1/2017

اتفاق التحكيم

يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم، فالأول هو الذي يبرم بعد وقوع النزاع، يلتزم بموجبه الأطراف عرض نزاع معين قائم بينهم على محكم أو محكمين، بينما الثاني هو الذي يبرم قبل وقوع النزاع يرد عادة كبند من بنود العقد، يلتزم أطرافه بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد على محكم أو أكثر.

إن ما انتهى إليه المقرر التحكيمي من أداء الطالب التعويض، لا يعد خروجا عن المهمة المسندة إلى المحكم، لأنها نتيجة حتمية لثبوت إخلال الطالب بالتزاماته التعاقدية.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أن الطالب تقدم بمقال لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عرض فيه أنه فوت بموجب بروتوكول اتفاق مؤرخ في 13- 03- 2012 للمطلوبين نسبة 90 في المائة من الأنصبة المكونة لرأسمال الشركة المغربية على ثلاث مراحل. وأنه نفذ التزامه المتعلق بتفويت نسبة 30 في المائة

من الأنصبة داخل أجل 30- 03- 2012، غير أن الطرف الآخر امتنع عن تنفيذ التزاماته المتمثلة في تأسيس ضمانات جديدة لديون الشركة لفائدة مؤسسات الائتمان ابتداء من تاريخ التفويت، وتوقيع اتفاقية تقديم خدمات للشركة، تنتهي في أواخر دجنبر 2014، مقابل تمكينه من 2 في المائة من رقم الأعمال الصافي من الضريبة على القيمة المضافة يتم أداؤه كل ثلاثة أشهر، هذا وأن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق نص على حل النزاعات الناشئة بين الطرفين، والتي لم يتم التوصل بشأنها إلى اتفاق ودي بواسطة التحكيم، وفي هذا الإطار توصل بتاريخ 20- 03- 2013 برسالة من المحكم .»جهاد أكرام«، يخبره فيها بأنه عين كمحكم من لدن المسمى «ع ك» بصفة انفرادية، وبتاريخ انعقاد جلسة التحكيم، وأثناء سريان المسطرة تمسك ببطلان الشرط التحكيمي، وعدم احترام الطرف الآخر لمسطرة الصلح القبلية وتعيين المحكم، غير أن هذا الأخير أصدر أمرا تمهيديا بصحة الشرط التحكيمي واختصاصه للبت في موضوع النزاع، ثم حكما تحكيميا بتاريخ 15 نونبر 2013، قضى بأدائه لفائدة الخصم التعويض.، ملتمسا التصريح ببطلان الأمر التمهيدي والحكم الصادر عن المحكم، لبطلان الشرط التحكيمي، وعدم صحة تعيينه ولبته في موضوع النزاع دون التقيد بالمهمة المسندة إليه، وعدم احترامه لحقوق الدفاع ومبادئ الإنصاف والعدالة. وبعد تبادل المذكرات بين أصراف النزاع، أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارا برفض دعوى البطلان والحكم بتنفيذ الحكم التحكيمي، وهو موضوع الطعن بالنقض.

في شأن الوسيلتين الأولى والثالثة

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية. والفصل 19 من بروتوكول الاتفاق ونقصان التعليل المعد بمثابة انعدامه، بدعوى أنه تمسك بمقتضيات بروتوكول الاتفاق، الناصة على أنه :»لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا بعد سلوك مسطرة الوساطة الاتفاقية«، غير أن المحكمة ردت ما أثير بهذا الخصوص بعلة

أن: «الطالب توصل برسالة من أجل التسوية الودية للنزاع بقيت دون جدوى»، والحال أن الوساطة الاتفاقية هي مؤسسة قائمة الذات حسب الفرع الثالث من الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية، ولا تختزل في مجرد إنذار موجه من لدن دفاع المطلوبين، ومن تم فإنه كان يتعين على المحكم أن يقوم بإجراءات الوساطة قبل البت في النزاع.

أيضا خلطت المحكمة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، فشرط التحكيم الوارد بالعقد ولئن حدد النقط العامة المتعلقة باللجوء إلى التحكيم، غير أن ذلك لا يغني عن اتفاق التحكيم الذي يحدد تفاصيل المسطرة. والمحكمة لما ذهبت خلاف هذا المنحى تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا معتبرا بمثابة انعدامه، ولأجل ما ذكر يتعين التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لها من بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين، أنهما اتفقا على اللجوء إلى مسطرة التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو التي لها علاقة به، وأن شرط التحكيم المذكور حدد طريقة تعيين المحكم المنفرد، ونطاق مهمته والقانون الواجب التطبيق، وكذا أجل ولغة التحكيم وطريقة توزيع أتعاب التحكيم بين الطرفين، اعتبرت صوابا أن سند التحكيم قائم، وليس في موقفها المذكور أي خلط بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ما دام أن الاتفاق على التحكيم يمكن أن يكون إما بمقتضى عقد التحكيم الذي يأتي لاحقا لحدوث النزاع، وفق ما نص عليه الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية، أو بموجب شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي وفق ما نصت عليه أحكام الفصل 309 من نفس القانون، كما هو الحال في النازلة الماثلة، ولما ثبت لها أيضا أن تفعيل شرط التحكيم جاء معلقا على سلوك الطرفين وليس المحكم لمسطرة التسوية الودية القبلية، وأن المطلوبين قبل اللجوء إلى التحكيم وجهوا إنذارا توصل به الطالب في 18- 12- 2012، من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، أجاب

عنه بأن ما ذكر فيه لا أساس له من الصحة، اعتبرت صوابا أن المطلوبين نفذوا التزامهم المتعلق بسلوكهم المسطرة المذكورة قبل اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم فان المحكم لم يضع يده على النزاع إلا بعد فشل مسطرة التسوية الودية المتفق عليها، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، وجاء معللا تعليلا كافيا، والوسيلتان على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق الفصل 327-20 من قانون المسطرة المدنية، بدعوى أن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق حدد للمحكم أجل شهر واحد للبت في النزاع، غير أنه بت فيه بعد أن مرت عليه مدة سبعة أشهر، مما يناسب التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه فضلا عن أن ما أثير بموضوع الوسيلة تضمن نعيا على الحكم التحكيمي ولم يتضمن أي نعي على القرار المطعون فيه، فإنه لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع، والوسيلة غير مقبولة.

في شأن الوسيلة الرابعة

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق القانون وتجاوز المحكم لاختصاصاته، بدعوى أن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق، حدد مهمته في البت النهائي في أي نزاع ينشأ بخصوص تنفيذ العقد أو تأويله، غير أنه بالرجوع إلى الحكم التحكيمي يلفى أن المحكم قضى بأداء الطالب للتعويض ومبالغ مالية أخرى من قبل سندات تجارية، متجاوزا بذلك المهمة المسندة إليه بموجب الاتفاق، والتي يرجع أمر البت فيها للقضاء الرسمي. والمحكمة بقولها: «إن المحكم المنفرد بت في النزاعات الناشئة عن العقد وما هو مرتبط به، وأن الحكم بالتعويض ناتج عن تنفيذ الالتزامات ... وذلك لا يشكل خروجا

عن المهمة المحددة له»، تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا منزلا منزلة انعدامه، مما يناسب التصريح بنقضه.

لكن، حيث أوردت المحكمة ضمن تنصيصات قرارها «إنه يتبين من المقرر التحكيمي، أن المحكم المنفرد بت في النزاعات الناشئة عن العقد وما هو مرتبط به، وأن الحكم بالتعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات المشار إليها في العقد، لا يشكل خروجا عن حدود المهمة المحددة للمحكم، وإنما هي تطبيق لبنوذ العقد»، وهو تعليل اعتمدت فيه المحكمة على بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين الناص على أنه: «سيتم البت النهائي في كل نزاع ينشأ بخصوص هذا العقد أو له علاقة به، بعد تعذر حله بصفة ودية»، وبذلك كانت على صواب لما اعتبرت أن ما انتهى إليه المقرر التحكيمي من أداء الطالب للتعويض، لا يعد خروجا عن المهمة المسندة إلى المحكم في شرط التحكيم، ما دام أن الحكم به لم يكن إلا نتيجة حتمية لثبوت إخلال الطالب بالتزاماته التعاقدية، وتأسيسا عما ذكر فإن المحكم لما قضى بالتعويض بمناسبة النظر في النزاع يكون قد استمد صلاحيته تلك من شرط التحكيم المعبر عن إرادة الطرفين، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء المصاريف على عاتق الطالب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

قرار رقم 311/1

الصادر بتاريخ **21/06/2018**

في الملف التجاري عدد 2292/3/1/2017

<u>تحكيم تجاري</u>

نظام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط - حكم تحكيمي صادر وفقا لنظام المركز؛

حضور مساعد إلى جانب المحكم يساعده في انجاز الإجراءات المتخذة من طرفه وعدم اعتراض الطرفين على ذلك، ليس من شأنه إثارة الشكوك حول استقلال المحكم وحياده؛

اتفاق الطرفان في وثيقة التحكيم على تسوية الخلاف عن طريق التحكيم إذا فشل الصلح – عدم نجاح الصلح – اختصاص هيئة التحكيم للنظر في النزاع – نعم –؛

أخذ المحكم بتقرير خبرة دون الآخر لا يؤدي إلى بطلان مقرره، ما دام التقرير الذي استند إليه اختاره وعزز قناعته.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه، أن الطالبة تقدمت لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بمقال للطعن بالبطلان في المقرر التحكيمي الصادر في النزاع القائم بينها وبين المطلوب، عرضت فيه أنها تعاقدت معه من أجل إنجاز وتوريد وتركيب وتشغيل معدات الري اللازمة للسقي بأرضه الفلاحية البالغة مساحتها 38 هكتار و56 أر و12 سنتيار. الكائنة بالضيعة المسماة ب الواقعة بجماعة زحيليكة بتكلفة إجمالية قدرها 2.417.871.00 درهما ذاكرة أنها أنجزت بالإضافة للأشغال التي تم تحديدها بالعقد، أشغال أخرى خارج بنوده، وذلك بمقتضى اتفاق مباشر مع المطعون ضده، بلغت قيمتها 106.385.59 درهما إضافة إلى مبلغ 816000.00 درهم المتعلق بزيادة القيمة عن عملية الحفر في الأرض الحضرية، غير أنها لما راسلته من أجل استكمال الإجراءات التقنية والإدارية للحصول على إعانة الدولة وتسليمها كمبيالة بمبلغ 60 % كضمانة وفق ما هو متفق عليه بالعقد.لم يستجب لذلك الأمر الذي جعلها توجه له إنذارا بتاريخ 04/05/2014، أشعرته بمقتضاه برغبتها في فض النزاع القائم بينهما وديا أمام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، ليصدر بعد ذلك هذا الأخير مقررا بتاريخ 13/11/2014 بفشل محاولة التحكيم، اضطرت على إثره الطاعنة إلى عرض النزاع على المحكمة التجارية، التي أصدرت حكما بعدم قبول الطلب، مما قامت معه الطاعنة من جديد بمراسلة المطلوب لأجل إحالة النزاع على هيئة التحكيم، لينتهي الأمر بإصدار المقرر التحكيمي القاضي بإبعاد الخبرة شكلا ومضمونا ... والحكم على المنعش (المطعون ضده) بمبلغ 483.570.00 درهما لفائدة الطاعنة عن الأشغال المنجزة قبل إجراء الخبرة من طرف المختبر العمومي للتجارب والدراسات التي أوصى بها المنعش، وأدائها له مبلغ 3.760.000.00 درهم عن الربح الضائع والضرر اللاحق بالمغروسات وغرامة التأخير ورفض طلب الطرفين المتعلق بالاستفادة من إعانة الدولة، وتصفية أتعاب المحكم المحددة في 18.000.00 درهم، وجعلها مناصفة بين الطرفين وهو المقرر التحكيمي

المطعون فيه بالبطلان، تأسيسا على أن الهيئة التحكيمية لم تصدر حكما أوليا يقضي بصحة اختصاصها للبت في النزاع، وأنها تجاوزت إرادة الطرفين، وأخلت بسرية النزاع، بسبب تعيينها الأستاذة (...) كمساعدة لها خلاف ما تم الاتفاق عليه، ولمخالفة المقرر أحكام البند 11 من العقد بقضائه على الطاعنة بالغرامة التعاقدية والتعويض، رغم أن البند المذكور صريح في التنصيص على قصر مهمة المركز المحكم على تسوية النزاع وديا طبقا لقانون الصلح والتحكيم، مما يجعل قضاء الهيئة التحكيمية بما ذكر يشكل تجاوزا لاختصاصها، ثم أيضا لأن (المقرر التحكيمي المطعون فيه) جاء ناقص التعليل فيما قضى به من :»استبعاد للخبرة بعلة عدم دقتها وكونها ضعيفة الاستدلال العلمي والتقني»، مع أنه كان على الهيئة التحكيمية إجراء خبرة جديدة، طالما أن الأمر يتعلق بمسألة تقنية وفنية، وكذا لخرقه القواعد الإجرائية المتعلقة بأتعاب المحكمين والصوائر؛ إذ أنه جعلها مناصفة بين الطرفين، رغم أنه سبق للطاعنة أن أدت واجبها فيما ذكر، ملتمسة تبعا لذلك التصريح ببطلان المقرر التحكيمي المذكور. وبعد جواب المطعون ضده، وتبادل المذكرات بين الطرفين، قضت محكمة الاستئناف التجارية برفض دعوى البطلان، والأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي وتحميل الطاعنة المصاريف، وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شان الوسيلة الأولى

حيث تنعي الطاعنة على القرار الخرق الجوهري للمقتضيات الاتفاقية والقانونية المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية ويتعلق الأمر بالفصل 327 من ق م م وتحريف الوقائع وعدم الارتكاز على أساس، بدعوى أنها تمسكت أمام المحكمة مصدرته:»بخرق الهيئة التحكيمية لمقتضيات الفصل 6/327 السالف الذكر واتفاق الطرفين». غير أنها اعتبرت أن ذلك الدفع غير مؤثر، والحال أن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار المحكمين وتحديد عددهم على أن يكون وترا، وتأسيسا على ذلك. فالمحكم الوحيد المعهود له

بالفصل في النزاع لما عين الأستاذة (....) كمساعدة له، يكون قد خالف المقتضى السالف الذكر المتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية، وأخل بمبدأ سرية التحكيم، هذا علما أن الطالبة تحفظت على ذلك منذ البداية، غير أن المحكم أفادها بأنها مجرد متدربة، إلا أنها فوجئت بورود اسمها بالمقرر التحكيمي كمساعدة للمحكم، ولأجل ذلك يناسب التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ردت ما أثير بموضوع الوسيلة بما أوردته ضمن تعليلاته من: «أن حضور الأستاذة (....) لجلسة 18/12/2016، كان بموافقة الطرفين كما هو ثابت من الصفحة الثانية للحكم التحكيمي، التي جاء فيها بالحرف (بتاريخ 18/ 02/2016 على الساعة الرابعة مساء، انعقدت الجلسة الثالثة بمقر التحكيم، حضرها عن المدعية شركة تقنيات الري C ممثلها ز ص وكيله الأستاذ (...) المحامي بهيئة مكناس، مدليا بوكالة خاصة بالنيابة موقعة ومصححة الإمضاء بتاريخ 08/02/2016 تحت عدد 2204، كما التحقت الأستاذة (....) بهيئة التحكيم للمساعدة بموافقة الطرفين.....)، فإن ممثل الطاعنة لم يدل بأي تحفظات في هذا الشأن، كما أن حضورها لم يكن له أي تأثير على سير الإجراءات أو في اتخاذ المحكم للقرار..»، وهو تعليل غير منتقد، اعتبرت فيه- وعن صواب- أن موافقة الطالبة على حضور المساعدة السالفة الذكر التحكيم كمساعدة للمحكم وعدم تحفظها بشأن ذلك الحضور، يجعل سبب طعنها المؤسس على عدم قانونية تشكيل هيئة التحكيم غير ذي أثر على سلامة المقرر التحكيمي وهو منحى قانوني مبرر، يزكيه ما ثبت للمحكمة من اقتصار المساعدة المذكورة على دور المساعد للهيئة التحكيمية في إنجاز الإجراءات المتخذة من طرفها،

وعدم تأثيرها في سيرها أو فيما انتهت إليه بخصوص الخصومة التحكيمية من قرار، عن طريق المشاركة في الهيئة كعضو أساسي بما ينبئ عن تشكيل الهيئة المذكورة بكيفية غير قانونية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية

حيث تنعي الطاعنة على القرار خرق المقتضيات القانونية والاتفاقية المتعلقة باختصاصات المحكم والبت في النزاع بشكل مغاير لشرط التحكيم وعدم التقيد بإجراءات المسطرية التي اتفق عليها المحكم والأطراف والتفسير الخاطئ للفصل 319 من ق م م، بدعوى أنها تمسكت أمام المحكمة مصدرته: «بتجاوز المحكم لاختصاصه المحدد بموجب الشرط التحكيمي»، بيد أنها ردت ذلك بعلة :»وجود وثيقة اتفاقية التحكيم وإبداء الطاعنة لأوجه دفاعها أثناء سريان المسطرة»، والحال أن المشرع قرر بطلان الحكم التحكيمي كلما ثبت أن الهيئة التحكيمية لم تتقيد بالمهمة المسندة إليها في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم وأن نص البند 11 من العقد المبرم بين الطرفين على تسوية الهيئة التحكيمية للنزاع وديا طبقا لقانون الصلح ... كان يفرض على المحكم إيجاد صيغة ودية لحسم النزاع بدل تجاوز القنوات الحبية والغوص في كنه النزاع واحتساب الغرامة التعاقدية وتأسيسها على ما ذكر، فإن المحكم بخوضه في البحث في إخلال المتعاقدين بالتزاماتها وانتهائه إلى القضاء على الطالبة بالغرامة والتعويض واحتسابه فوائد التأخير التي هي أمور تدخل في اختصاص القضاء الرسمي، يكون قد خاض في أمور النزاع، وتجاوز حدود اختصاصه، المتمثل في البحث عن صيغة ودية لتسوية النزاع، وبت في أمور لم يعهد له بالفصل فيها، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه بما نحا إليه في هذا الشأن قد خرق المقتضيات السالفة الذكر، ويتعين بالتالي التصريح بنقضه.

لكن حيث ردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه النعي موضوع الوسيلة بما جاءت

به من :»أن الفقرة الثانية للفصل 319 من قانون المسطرة المدنية تنص على أنه (عندما يعرض التحكيم على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقا لنظامها)، وأن نظام التحكيم المعتمد من طرف المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ينص في مادته 14 على: (أن الهيئة في جلستها الأولى وقبل نظر القضية تحرر محضرا يتم بموجبه تحديد مهمتها على أساس المستندات المقدمة من الطرفين)، وأن الثابت من أوراق الملف أن الطاعنة التي لجأت إلى المركز المذكور لإجراء التحكيم في نزاعها مع المطعون ضده وإصدار حكم تحكيمي يقضي بأدائه لها مبلغ 2.440.275.50 درهما، وقعت اتفاقية التحكيم، التي اتفق بموجبها الطرفان، خاصة في النقطة التاسعة، على أن يكون موضوع التحكيم هو النزاع الذي جاء مفصلا في عرض ادعاءات الطرفين في النقطة 15 منها، على أن يصدر المحكم حكما تحكيميا، ومن جهة أخرى، فإنه لما كان حاصل النزاع بين الطرفين، كما جاء في عرض ادعاءات الأطراف هو طلب الطاعنة الأصلي الرامي إلى الحكم لها بالمبلغ المومأ إليه أعلاه، وطلب المطعون ضده الرامي إلى الحكم له بتعويض مناسب عن الخسارة والأضرار التي لحقت به، ولما كانت محاولة الصلح بينهما لم تسفر عن أي نتيجة نظرا لتمسك كل طرف بمطالبه، كما هو ثابت من الصفحة الثامنة من الحكم التحكيمي، فإن ما تدعيه الطاعنة من تجاوز المحكم لاختصاصه وبته في النزاع بشكل مغاير لاتفاق التحكيم غير قائم على أساس، طالما أن المحكم استمد اختصاصه من وثيقة التحكيم وبت في النزاع وفق إرادة الطرفين''، وهو تعليل فضلا عن أن الطالبة لم تنتقده فيما تضمنه من أن فصل الهيئة التحكيمية في موضوع النزاع كان استنادا لطلبات الطرفين، التي بموجبها التمست الطالبة نفسها إصدار حكم تحكيمي يقضي على المطلوب بأدائه لها مبلغ 2.440.275.50 درهما، والتمس هذا الأخير الحكم عليها بأدائها له تعويضا مناسبا عن الخسارة والأضرار التي لحقت به، فإنه (التعليل) يساير واقع الملف، الذي بالرجوع إليه

يلفي أن الهيئة التحكيمية لم تبت في موضوع النزاع إلا بعد استنفادها لمحاولة الصلح التي لم تسفر عن أي نتيجة، وأن النقطة 15 من اتفاقية التحكيم الموقعة بين الطرفين تنص بكيفية صريحة على أن البت في النزاع يتم بمقتضى حكم تحكيمي، وتأسيسا على ذلك فالمحكمة باعتمادها التعليل السالف الذكر لإبراز صوابية ما انتهى إليه الحكم التحكيمي من فصل في موضوع النزاع، تكون قد أبرزت بما فيه الكفاية الأسس التي استمدت منها الهيئة التحكيمية تلك الصلاحية بعد فشل المحاولات الودية المجراة من طرفها للتسوية، دون أن تخالف إرادة الطرفين أو تتجاوز حدود اختصاصها، فجاء بذلك القرار غير خارق لأي مقتضى والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة

حيث تنعي الطاعنة على القرار خرق مقتضيات الفصل 327/23 من ق م م، وخرق حقوق الدفاع وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت ضمن أسباب طعنها بالبطلان بأن ما استند إليه المقرر التحكيمي في استبعاده لتقرير الخبرة من أنها ليست دقيقة وكونها ضعيفة الاستدلال العلمي والتقني :»بأنه تعليل مجرد وناقص، فرد القرار المطعون فيه ذلك ب: «أن مسألة تقييم الخبرة هي من الأمور التي تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة متى بررت ذلك»، والحال أن التعليل الذي اعتمده المقرر التحكيمي يعتريه نقص معد بمثابة انعدامه، لكونه مجرد استنساخ دون زيادة أو نقص لدفوع المطلوب، ودون أن يلتزم بمبدأ الحياد والشفافية اللازمين في مسطرة التحكيم ،علما أنه كان على الهيئة التحكيمية عوض سلوك المنهج المذكور إجراء خبرة جديدة، وبذلك يكون القرار المطعون فيه بما انتهى إليه من رد لدفع الطالبة السالف الذكر قد أخطأ في تفسيره للفصل 2327/23، وحرف وقائع النزاع، وانبنى على تعليل فاسد، مما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تعتمد في ردها لما أثير بخصوص

عدم أخذ الهيئة التحكيمية بتقرير الخبرة الذي تمسكت به الطالبة بالتعليل الذي أوردته الوسيلة فحسب، وإنما استندت في ذلك إلى تعليلات أخرى غير منتقدة جاء فيها:» إن البين من المقرر التحكيمي أن الهيئة التحكيمية لم تستبعد تقرير خبرة شركة(...) بالتعليل المتمسك به من قبل الطاعنة، بل بتعليلها الوارد في الصفحة العاشرة من حكمها الذي جاء فيه: (إن الخبرة لم تحترم مقتضيات الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية...)، وأنه على خلاف الخبرة المنجزة من قبل شركة(...) فقد وجد المحكم في تقرير المختبر العمومي للتجارب والدراسات المنجزة بحضور الأطراف وتقرير الخبرة المنجز من طرف مختبر لابوروت المدلى به من قبل الطاعنة، ما يكفي من العناصر للاستئناس بها والبت في النزاع ...»، وهو منحى قانوني سليم، أبرزت بمقتضاه أن خرق الخبرة المتحدث عنها لمقتضيات الفصل 63 من ق م م يبرر من انتهت إليه الهيئة التحكيمية من طرح للخبرة المذكورة وعدم الأخذ بها، معتبرة ، وعن صواب، أن توفر الهيئة المذكورة على خبرة أخرى بالملف منجزة بكيفية حضورية بالنسبة للطرفين ومتضمنة للعناصر الكافية التي من شأنها المساعدة على الفصل في النزاع كان كافيا لتبرير موقفها بعدم اللجوء لخبرة جديدة، فلم تخرق بذلك أي حق من حقوق الدفاع أو تخطئ في تفسير أي مقتضى أو تخرقه ولم تحرف أي واقع بشكل نتج عنه خرق قانوني، وجاء قرارها معللا تعليلا سليما وكافيا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض لطلب وتحميل الطالبة المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

قرار رقم 258/2

المؤرخ في 25/ /04/ 7201

ملف مدني عدد 1814/1/2/2016

نزاع الشغل – تحكيم – إنهاء النزاع – طعن– رفضه

طبقا للفصل 307 من ق.م.م فإن اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، والمحكمة لا تكون ملزمة إلا بالرد على الدفوع التي لها تأثير على وجه الحكم، ولما كان الأمر كذلك وكان القرار المطعون فيه قد انتهى فيما قضى به إلى اعتبار عقد التحكيم قائما ومنتجا لكافة أثاره وله حجيته، يكون بالتالي قد أخذ بالعقد التحكيمي.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه بالنقض، أن «....» ادعى بتاريخ 27/03/2013 أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بمقتضى مقال افتتاحي وآخرين إصلاحي وإضافي، أنه سبق أن اتفق مع «المجمع الشريف للفوسفاط» على عرض النزاع القائم بينهما في إطار مسطرة التحكيم، على أن ينصب موضوعه على التعويضات المستحقة له في إطار فسخ عقد الشغل، وأنه تم تعيين المحكم السيد أعظيم لحسن الذي أصدر مقررا تحكيميا بتاريخ 19/02/2013، وأنه يطعن بالبطلان في المقرر المذكور

لأنه لم يحضر أي من جلسات التحكيم، إذ أن مسطرة التحكيم تستلزم إشعار الأطراف وتبليغهم تبليغا صحيحا بالعناصر المعتمدة في تقدير التعويض، وأخذ ملاحظاتهم بشأنها وعند اختلافهما يتدخل المحكم لإيجاد حل بينهما، وهذا ما يفتقر إليه قرار التحكيم الذي جاء تجسيدا لإرادة المحكم وفي تغييب تام له إذ لم يعلم بالحكم التحكيمي، و تم تذييله بالصيغة التنفيذية قبل عرضه عليه، كما أنه يؤاخذ على القرار التحكيمي، خرقه لحق الدفا ع، وأن لجوء المطلوب إلى مسطرة التحكيم كان بهدف التخلص منه باعتباره إطارا نقابيا، ومهندسا رئيسا، وأن الحكم أغفل هذه الجوانب التي تجد مرتكزها في مدونة الشغل والتي تجعل التعويضات تصل إلى الضعف إذا تعلق الأمر بمندوب نقابي، وأضاف أن المحكم لم يطبق قانون المناجم على اعتبار أن عمال المكتب الشريف للفوسفاط وأطره يخضعون لهذا القانون، وأن المحكم مفروض عليه تطبيق المقتضيات القانونية الواجبة التطبيق، وأن إغفاله لذلك هو خرق لحقوق الدفا ع وماس بحقوقه الثابتة التي لا يمكن حرمانه منها تحت أي ذريعة، وكان المفروض في المحكم أن يعرفه بها وأن يطبقها بعدم حرمانه على الأقل من تقديم أوجه دفاعه الشيء الذي يصب في اتجاه إرضاء الطرف الآخر في العقد، كما أن القرار التحكيمي جاء غير معلل، لأن تعليل أحكام المحكمين ضرورة يقتضيها إعمال رقابة القضاء على هذه الأحكام صيانة لحقوق الدفا ع، والتمس بطلان قرار التحكيم، وعقد التحكيم وقرار التذييل بالصيغة التنفيذية، وبعد التصدي الحكم لفائدته بالتعويضات التالية :

(3.088.954.80) درهم عن الضرر – (4.158.202.38) درهم عن الفصل (1.761.93.01) درهم عن الإخطار. و بعد جواب المطلوب مع مقال مضاد بأن الطاعن لم يبادر إلى أداء الرسوم القضائية إلا بعد مرور أزيد من ستة أشهر على تبليغه بالمقرر التحكيمي والأمر القضائي بالتذييل، وأن المادة 528 من ق.م.م أوجبت على الطاعن تحت طائلة البطلان أداء الرسوم القضائية عند تقديم طعنه داخل الأجل القانوني، مما يجعل الطلب غير مقبول

شكلا، وفي الموضوع فإن الطرفين اتفقا على اللجوء إلى مسطرة التحكيم، وأن الطاعن توصل بكافة مستحقاته الناجمة عن إنهاء عقد الشغل بمقتضى قرار تحكيمي والمحدد مبالغها في (1.800.000.00) «مليون وثمانمائة ألف» درهم، كما أنه التزم بعدم إقامته لأية دعوى ضده وأن إقامته لهذه الدعوى بمثابة إخلال وتعبير عن التقاضي بسوء نية، ومخالف لمقتضيات الفصل 230- 231 من ق.ل.ع كما أن المقال الإصلاحي غير مقبول شكلا لتضمينه طلبات جديدة لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وأن عقد التحكيم موقع من طرف المحكم ويحمل ختمه، وأن توقيع المحكم يكون ملزما في حالة اتفاق التحكيم الذي يكون في مرحلة سابقة على إدراج عقد التحكيم، وأن ما يدعيه من كونه وقع عقد التحكيم تحت الإكراه غير ثابت، والتمس رفض طلبات الطاعن والحكم له بتعويض يقدره في درهم واحد رمزي. أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 08/06/2015 تحت عدد 1926/2 في الملف عدد 1656/1207/2013، قرارا بقبول الطلبات الأصلي والإصلاحي والإضافي والمضاد شكلا ورفضها موضوعا، وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف (....).

فيما يتعلق بالوسيلتين الأولى والثانية مجتمعتين

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه انعدام التعليل وعدم الارتكاز على أساس، وخرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، ذلك أنه دفع في مذكرته المؤرخة 26/05/2014 ببطلان عقد التحكيم الذي على أساسه صدر المقرر التحكيمي المطعون فيه، باعتبار أن عقد التحكيم أبرم بتاريخ 29/01/2013، في حين أن واقعة الفصل المنشئة للحق في اللجوء إلى التحكيم لم تتحقق إلا في 1/2/2013 أي في وقت لاحق ويكون اتفاق التحكيم قد انصب على موضوع لم ينشأ بعد، مما يجعل المتعاقد بشأنه في جهالة بموضوعه ومداه، وأنه رغم جدية هذا الدفع وتأثيره على وجه الحكم لم يقع الجواب

عنه، كما أنه دفع بأن القانون أوجب تضمين عقد التحكيم موضوعه وأن موضوع النزاع ينصرف إلى إنهاء العلاقة الشغلية والالتزامات الناجمة عنها، في حين أن القرار المطعون فيه اعتد بالمبالغ المالية المحددة في ديباجة عقد التحكيم، إذ لا وجود لأي طلب أو مقال افتتاحي للدعوى التحكيمية؛ إذ أن المحكمة نزلت ما ورد في عقد التحكيم طلبا افتتاحيا، وأنه في غياب تقديم مطالب لا يمكن اعتماد قاعدة عدم تجاوز المطالب التي قدمها الأطراف، كما دفع ببطلان الحكم التحكيمي ومن خلاله عقد التحكيم كونه حدد مستحقات أقل مما يستحقه، مما يشكل مخالفة صريحة للفصل 73 من مدونة الشغل والتي تعتبر: « باطلا لكل إبراء أو صلح يتنازل فيه الأجير عن أداء ما وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه»، مما يكون معه عقد التحكيم مخالفا لمقتضى من صميم النظام الاجتماعي، كما دفع ببطلان المقرر التحكيمي لخرقه مقتضيات الفصل 36/327 فقرة 7 لأن المحكم لم يتقيد بالإجراءات التي اتفق الأطراف على تطبيقها ومنها الاتفاق على عقد جلسات التحكيم وكافة الإجراءات المتعلقة بهذه المسطرة بمكتب المحكم، وأن الاستماع للطرفين سيكون أمام المحكمة بصفة تواجهية حضورية بينهما أو انفرادية، وأنه بعد الإدلاء بالملف تبين عدم احتوائه أي وثيقة تفيد عقد الجلسة، والاستدعاء للحضور والاستماع للطرفين، غير أن المحكمة ورغم وجاهة هذه الدفوع لم تجب عنها، وبدل ذلك اكتفت بالرد بما ورد في وقائع الحكم التحكيمي : « بأن المحكم أورد ضمن وقائع الحكم بأنه استمع إلى الطاعن « ....» الذي صرح بأنه تم تشغيله من طرف المجمع الشريف للفوسفاط منذ 15/01/1990 وبسط مختلف مطالبه».

لكن من جهة أولى فإنه طبقا للفصل 307 ق.م.م وبمقتضاه فإن اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، وبالتالي يبقى ما تمت إثارته من أن عقد التحكيم أبرم بتاريخ 29 يناير 2013 وواقعة الفصل كانت بتاريخ 1 فبراير 2013 ما هو إلا تفعيل لمقتضيات

الفصل الآنف الذكر والمحكمة لا تكون ملزمة إلا بالرد على الدفوع التي لها تأثير على وجه الحكم ولما كان الأمر كذلك وكان القرار المطعون فيه قد انتهى فيما قضى به إلى اعتبار عقد التحكيم قائم ومنتج لكافة آثاره وله حجيته، فلا يعاب عليه عدم الرد على الدفع المتضمن أن عقد التحكيم أبرم قبل حصول واقعة الفصل المنشأة للحق لأن في أخذها بالعقد التحكيمي ردا ضمنيا على ما تمسك به الطاعن، ويبقى القرار مرتكزا على أساس قانوني سليم كما لا مجال لإعمال الفصلين 314 و315 من ق.م.م على اعتبار أن مقتضياتها لا تنطبق على النازلة. ومن جهة ثانية فإن ما أثاره الطاعن بخصوص الطعن في عقد التحكيم المبرم بين طرفي عقد الشغل على إثر إنهاء العلاقة الشغلية بينهما وفسخها، فإنه كان عليه عرض الأمر على الهيئة التحكيمية قبل البت في موضوع التحكيم، أما وأنه قبل فض النزاع عن طريق التحكيم كحل بديل لحل النزاع، فإنه لا يجديه الطعن تبعا للفصل 327-9 من ق م م، إذ أن الأمر الصادر عنها يكون غير قابل للطعن، كما أن ما أثير في هذا الخصوص ليس من شأنه أن يمس بصحة عقد التحكيم المستدل به تمهيدا لما قد يترتب عنه من آثار بصدور الحكم التحكيمي الذي حدد له المشرع أسبابا خاصة بالطعن في مقتضياته، إضافة إلى ذلك فإن الطاعن لم يكشف عن وجه النعي الذي يعيبه على القرار بشأن خرق البند الأول من عقد التحكيم، إذ يتعين عليه تبيان وجه الخرق حتى يمكن لمحكمة النقض من بسط رقابتها على تعليل قضاة الموضوع، وأن الثابت من أوراق الملف أن الأمر يتعلق بحل نزاع نشأ بين طرفي العلاقة الشغلية عن طريق التحكيم كحل بديل لحل منازعة الشغل الفردية لما يتميز به هذا الإجراء من سرعة البت والوصول إلى الحق بأقرب السبل بدل التقاضي أمام المحاكم، وما قد يترتب على ذلك من الالتزام بالإجراءات المسطرية أمامها والتي قد تطول أحيانا، خاصة أن الطاعن نفسه ومن خلال عقد التحكيم المستدل به وافق وقبل إعفاء المحكم من إتباع الإجراءات المسطرية المعمول بها وفق قانون المسطرة المدنية، مما يؤكد صراحة

عن رغبته الأكيدة في الحصول على حقه في أسرع وقت. ومن جهة أخرى فإن الصلح ليس هو التحكيم وأن آثار كل واحد منهما تختلف عن الآخر، وفي نازلة الحال لا مجال للاستدلال بمقتضيات المادة 73 من مدونة الشغل وكون عقد التحكيم مخالفا لمقتضى من صميم النظام الاجتماعي لأن مقتضيات المادة أعلاه تخص الصلح الذي تم إلغاء العمل به في ظل المدونة وعوض بالصلح التمهيدي المنصوص عليه في المادة 41 و532 منها تحت طائلة إتباع إجراءات مسطرية محددة بالمادتين المذكورتين، وبالتالي فلا مجال لإثارة المقتضى القانوني الخاص بمخالفة مفهوم النظام الاجتماعي؛ لأن النازلة لا تخص الصلح بل التحكيم والذي عبر فيه الطاعن وعن إرادة حرة واضحة بقبوله وموافقته على الإشهاد بتوصله بجميع مستحقاته عن الفترة الشغلية التي قضاها لدى المطلوب في النقض بمقتضى الحكم التحكيمي والذي تضمن بأنه حين قبوله للمبلغ كان في كامل قواه العقلية وبدون أي ضغط أو إكراه إضافة إلى المصادقة على الإشهاد ما يبين بأنه وبعد نشوء النزاع فضلا اللجوء إلى التحكيم؛ أي أنه لم يبق هناك أي مجال للقول بالضغط المعنوي أو الإكراه الممارس على الطاعن مادام هذا الأخير قد تحلل من أهم عنصر يخص عقد الشغل ألا وهو عنصر الرقابة والتوجيه و.... لأن العلاقة الشغلية قد انتهت وإرادته كانت حرة باعتماده للتحكيم كإجراء لحل النزاع، ويبقى ما ورد ما بقي بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

لأجله

قضت محكمة النقض برفض الطلب مع تحميل الطاعن الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار رقم 384

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 05/02/2015

في الملف الاجتماعي رقم 1261/5/1/2014

مسطرة الصلح التمهيدي، إجراء اختياري بالنسبة للأجراء

إن ما أثارته الطالبة بخصوص عدم احترام مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في المادة 41 من مدونة الشغل، فإن هذا الإجراء يعتبر اختياريا، وليس الزاميا، غاية المشرع منه هي الحصول على تعويض الضرر بأسرع السبل وفي أقرب الآجال، وما دام المطلوب وبقية الأجراء فضلوا اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات عن الضرر وتوابعه، فلا ضير في ذلك، ويبقى ما خلص إليه القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي معللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالـــة المـــلك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه أن المطلوب تقدم بمقال افتتاحي يعرض فيه أنه اشتغل لدى المدعى عليها منذ 16/7/2009 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية بتاريخ 07/6/2021، ملتمسا الحكم له بمجموعة من التعويضات، وبعد الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى له بتعويض عن الضرر والإخطار والأجرة والعطلة السنوية مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بخصوص الأجرة والعطلة السنوية، وتحميل الطرفين الصائر على النسبة يصفى نصيب

المدعي في إطار المساعدة القضائية، ورفض باقي الطلبات، استؤنف أصليا من طرف المشغلة، فرعيا من طرف الأجير، وعلى إثر ذلك أصدرت محكمة الاستئناف قرارا يقضي بتأييد الحكم المستأنف، وتحميل كل مستأنف صائر استئنافه يصفى مع الأجير في نطاق المساعدة القضائية وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى والفرع الثاني من الوسيلة الثانية

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه، خرق القانون وذلك بخرق المادتين 50 و 270 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الإبتدائي فيكون تبنى حيثياته وأسبابه، وإن الحكم الابتدائي خرق القانون الداخلي وبصفة خاصة الفصلين 50 و 270 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الفصل 50 في فقرته الثالثة الذي يحدد طريقة صدور الأحكام ينص على أنه : « يشمل على اسم هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره واسم كاتب الضبط، وكذا أسماء المستشارين عند الاقتضاء في القضايا الاجتماعية وينص الفصل 270 فقرة أولى من ق.م. م على أنه: « يشارك المحكمة عند البت في النزاعات المتعلقة بالشغل أو الخلافات الناشئة بين المشغل والأجير أربعة مستشارين متساوين بين المشغلين والمأجورين أو العملة».

وينص في فقرته الثالثة على أنه:» في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى يحق للمحكمة أن تبت دون مشاركة المستشارين إذا كان عددهم غير كاف».

وإنه بقراءة الحكم الابتدائي المؤيد استئنافيا يتبين أنه غيب بصفة نهائية الإشارة إلى مسألة المستشارين الاجتماعيين المفروض أن يشاركوا مع القاضي الابتدائي في إصدار الأحكام في جميع القضايا المتعلقة بالشغل، أو الخلافات الناشئة بين المشغل والأجير، ولا يعفي المحكمة من إشراكهم إلا إذا كان عددهم غير كاف.

وأن الحكم الابتدائي لم يشر بصفة نهائية إلى المستشارين الاجتماعيين وما إذا تعذر استدعاؤهم أو أن عددهم كان غير كاف حتى يتمكن القاضي الابتدائي من البت في قضايا نزاعات الشغل لوحده، مما يكون معه الحكم الابتدائي قد صدر عن هيئة قضائية مشكلة بصفة غير نظامية، وأن القاضي الابتدائي بت في قضية اجتماعية بمفرده وخرق مقتضيات المادتين أعلاه مما يعرضه للنقض.

كما تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه انعدام التعليل والمتمثل في أن المحكمة استنتجت قرارها بالطرد ولم تعلله وذلك ثابت من خلال إشارتها لحق الخيار المخول لها في الفصل 41 من مدونة الشغل، فالإشارة إلى هذا الخيار، إما إرجاع الأجير إلى عمله أو الحكم له بالتعويضات بدلا من إرجاع الأجير لعمله، وأن حق الخيار والمخول بموجب الفصل 41 من مدونة الشغل الذي فعلته المحكمة الابتدائية بموجب حكمها هو أيضا جزء من الحكم، ويستوجب أن يكون معللا تعليلا كافيا وسليما، فإذا لم تشر إليه المحكمة فهي غير ملزمة بتعليليه، أما وأنها اشارت له فيجب

عليها أن تعلل خيارها، وهي بذلك مراقبة من طرف محكمة النقض، وأن المحكمة فعلت الخيار واعتبرت الأجير مفصولا من عمله ومنحته التعويضات بدل أن تختار له الرجوع إلى العمل، بعدما تبين لها أن طلب الإغلاق الجزئي تم رفضه والمقاولة أصبحت ملزمة بالمحافظة على مناصب الشغل دون أن تعلل خيارها، مما يكون معه حكمها بدون تعليل ويتعين نقضه.

لكن، حيث إن ما أثير بشأن عدم الإشارة في الحكم الابتدائي إلى المستشارين الاجتماعيين، سواء بشأن تعذر استدعائهم أو أن عددهم غير كاف حتى يتمكن القاضي الابتدائي من البت في قضايا نزاعات الشغل دون حضورهم.

وكذلك عدم تعليل المحكمة الابتدائية لحق الخيار المخول لها بموجب الفصل 41

من مدونة الشغل، والذي فعلته بموجب حكمها عندما قضت للأجير بالتعويضات بدل الرجوع إلى العمل كل هذه الدفوع لم يسبق إثارتها أمام قضاة الموضوع ليعرف رأيهم فيها، مما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض.

مما تبقى معه الوسيسلة الأولى والفرع الثاني من الوسيلة الثانية غير مقبولين لاختلاط الواقع فيهما بالقانون.

....

كما تعيب الطالبة على القرار، تقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنها أدلت أثناء المرحلة الابتدائية والاستئنافية بالقرار العاملي رقم 39 الصادر عن والي جهة الغرب الشراردة بني حسن، عامل إقليم القنيطرة الذي يتضمن توصيتين الأولى: رفض طلب الإغلاق الجزئي، والثانية إحالة الأطراف على مسطرة الصلح التمهيدي طبقا لمقتضيات الفصل 41 من مدونة الشغل، وإن القرار العاملي صدر بتاريخ 24/12/2012، أي أن قرار العامل سابق لقرار المحكمة الابتدائية بأربع أشهر، والمحكمة في تعليلها لم تأخذ من هذا القرار إلا الجزء المتعلق برفض الإغلاق الجزئي وأهملت الجزء المتعلق بإحالة الأطراف على مسطرة الصلح التمهيدي طبقا للمادة 41 من مدونة الشغل، وأنه كان على المحكمة قبل أن تقضي للأجير بالتعويض عن الضرر، أن تفعل التوجيه الثاني في القرار العاملي وتوقف البت إلى غاية استنفاذ مسطرة الصلح التمهيدي، وأن لا تحكم بالتعويض عن الضرر، وأن المحكمة أهملت هذه التوضيات الاجتماعية موضوع القرار العاملي وقضت بالتعويض عن الضرر دون أن تعلل حكمها فتكون قد عرضت للنقض.

لكن خلافا، لما عابته الطالبة على القرار، فمن جهة أولى فإن المادة 66 من مدونة الشغل تنص على أنه: « يجب على المشغل في المقاولات التجارية أو الصناعية أو الاستغلالات الفلاحية أو الغابوية وتوابعها.....والذي يعتزم فصل الأجراء كلا أو بعضا

لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها، أو لأسباب اقتصادية، أن يبلغ ذلك لمندوب الأجراء والممثلين النقابيين بالمقاولة عند وجودهم قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ الشروع في مسطرة الفصل وأن يزودهم في نفس الوقت بالمعلومات الضرورية التي لها علاقة بالموضوع بما فيها أسباب الفصل، وعدد وفئات الأجراء المعنيين والفترة التي يعتزم فيها الشروع في الفصل.... تحرر إدارة المقاولة محضرا تدون فيه نتائج المشاورات والمفاوضات المذكورة يوقعه الطرفان وتسلم نسخة منه لمندوب الأجراء وتوجه نسخة أخرى إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل».

كما تنص المادة 67 على أنه: « يتوقف فصل العاملين في المقاولات المشار غليها في المادة 66 أعلاه كلا أو بعضا لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها أو لأسباب اقتصادية على إذن يجب أن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم في أجل أقصاه شهران من تاريخ تقديم الطلب من طرف المشغل إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل...»

والثابت من معطيات النازلة أن الطالبة قامت بفصل الأجير قبل حصوله على إذن العامل الذي يعتبر ضروريا في نازلة الحال مادام الامر يتعلق بفصل لأسباب اقتصادية حالت دون تمكينها من الاستمرار في نشاطها حسب إقرارها.

كما تبين من وثائق الملف أنه خال كذلك مما يفيد أن المشغلة أبلغت مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالشركة عن عزمها فصل الأجراء قبل مكاتبة العامل بشأن الإغلاق الجزئي لمقرها.

وأن القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي لما قضى بما يلي:» إن الثابت من وثائق الملف أن المستأنفة قامت بفصل المستانف عليه بتاريخ 24/7/2012 وذلك قبل مباشرتها للإجراءات الإدارية، ولم تنتظر استكمال هاته الإجراءات والحصول على إذن العاملفي الموضوع والذي صدر لاحقا وقضى برفض الطلب بعدما كانت المستأنفة قد قامت

بفصل الأجيرة من العمل وبالتالي فإنها لم تطبق مسطرة الفصل المنصوص عليها وجوبا في المادة 66 وما بعدها من المدونة، ويعتبر قرارها بإنهاء علاقة الشغل بشكل انفرادي قبل الحصول على الإذن الإداري يتسم بطابع التعسف يخول للمستأنف عليها الحق في التعويضات الثلاثية...»

يكون ما انتهى إليه معللا تعلايلا كافيا ومبنيا على أساس قانوني، مما يبقى معه ما أثير في الفرع الأول من الوسيلة الثانية والفرع الأول من الوسيلة الثالثة على غير أساس.

ومن جهة ثانية، فإن ما أثارته الطالبة بخصوص عدم احترام مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في المادة 41 من مدونة الشغل، فغن هذا الإجراء يعتبر اختياريا، وليس إلزاميا، غاية المشرع منه هي الحصوص على عويض الضرر بأسرع السبل وفي أقرب الآجال، ومادام المطلوب وبقية الأجراء فضلوا اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات عن الضرر وتوابعه، فلا ضير في ذلك.

ويبقى ما خلص إليه القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي معللا تعليلا كافيا وما أثير في الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة على غير أساس.

لهـــذه الأسبــــــاب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة رئيسة الغرفة مليكة بنزاهير رئيسة، والمستشارين السادة : مريم شيحة مقرراة ، والمصطفى مستعيد، وأنس لوكيلي أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد احمد الموساوي، وكاتب الضبط السيد سعيد احماموش .

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

القرار عدد 730

الصادر بتاريخ 24 يوليوز 2018

في الملف الاجتماعي عدد 960/5/1/2017

تحكيم – نزاع شغل – مقرر تحكيمي – نطاقه

لئن كان الصلح والتحكيم من الحلول البديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد نظرا لطابع السرعة والحصول على الحق بأقرب السبل، فإنه يعتد بهما في حدود ما تم الصلح أو التحكيم بشأنه، والمحكمة لما اعتبرت أن الطلبات موضوع النزاع لا تدخل ضمن ما سبق البت فيه سواء تعلق الأمر بالصلح التمهيدي أو بمقتضى مقرر تحكيمي لأنها طلبات أصيلة لا تندرج ضمن مقتضيات الفصل 23 من ق.م.م حتى لا يمكن المطالبة بها مرة ثانية، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما، وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه، ادعاء المطلوب بمقتضى مقال افتتاحي ومقالين إصلاحيين أنه اتفق والمدعى عليها – بناء على حكم تحكيمي – على التقاعد النسبي، والتزمت بتمتيعه بكافة الامتيازات التي تمنحها لعمالها المتقاعدين

وفق مقتضيات البند الخامس من عقد التحكيم، إلا أنها لم تف بالتزاماتها، رغم إنذارها، ملتمسا الحكم بتمتيعه بكافة الامتيازات، إجراء محاولة الصلح، الآمر بإجراء خبرة حسابية للاطلاع على الكنانيش الممسوكة من طرف المشغلة بحضوره واحتساب الامتيازات التي يتمتع بها العمال المتعاقدون وهي منحة عيد الأضحى، ومنحه مصاريف عاشوراء مصاريف التمدرس، ومنحة البنزين الحج والحكم له بمبلغ 1000 درهم شهريا عن منحه البنزين ابتداء من تاريخ تقاعده إلى تاريخ صدور الحكم حسب 70 لترا، وكذا منحة واجب التمدرس ومصاريف عاشوراء حسب 1000 درهم سنويا، وتعويضا عن عدم استفادته من السفر إلى الديار المقدسة، والحكم له كذلك بتعويض عما يستحقه من صندوق الشؤون الاجتماعية C.O.S حسب 200 درهم شهريا، وفي المقال الإصلاحي الثاني التمس الحكم له بمنحه صندوق الشؤون الاجتماعية عن المدة من 1976 إلى تاريخ تقاعده، كما تقدمت الطالبة بمقال مضاد ملتمسة الحكم على المدعى عليه (المطلوب) باسترجاع المبالغ التي ظل يستفيد منها عن طريق الخطأ من الامتيازات المذكورة في قانون 1995 على اعتبار أن دورية 2001 لم تعط للمتقاعدين الحق في الاستفادة إلا من التأمين. وبعد تمام الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء برفض الطلب، وبعد استعمال حق الطعن بالاستئناف، ألغته فيما قضى به من رفض الطلب، وبعد التصدي قضت على الطالبة بأداء المبلغ المودع بصندوق الشؤون الاجتماعية لفائدة المطلوب، وهو القرار محل الطعن بالنقض.

في شأن وسائل النقض مجتمعة

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، ذلك أنه طبقا للفصل 345 من قانون المسطرة المدنية يجب أن يتضمن القرار الإشارة إلى ذكر أسماء الأطراف أو وكلائهم عند الاقتضاء، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه أشار

بأن محامي الطالبة هو الأستاذ عز الدين (ك)، ويكون بذلك خرق مقتضيات الفصل 345 لعدم الإشارة إلى محامي الطالبة، كما تعيب على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، فضمن الوجه الأول من الوسيلة عابت على المحكمة بأنها ردت الدفع بالتقادم المبني على مقتضيات المادة 395 من مدونة الشغل، بعلة أن الأمر يتعلق بتنفيذ التزام يخضع للتقادم الخاص بالدعوى الناشئة عن الالتزام طبقا لما هو منصوص عليه بالفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود، لكنها من جانب آخر ردت الدفع المتعلق بعدم أداء الرسوم القضائية عن طلب الاستئناف، استندت إلى مقتضيات الفصل 273 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على أن العامل يستفيد من المساعدة القضائية مدعيا أو مدعى عليه في كل دعوى بما في ذلك الاستئناف، فتكون المحكمة قد سقطت في التناقض في التعليل، لأنها ردت الدفع بالتقادم على أساس أن دعوى المطلوب هي دعوى مدنية، وردت الدفع بعدم أداء الرسوم القضائية على أساس أن الدعوى اجتماعية، وهو ما يعد معه التعليل فاسدا يؤدي إلى بطلانه، وضمن الوجه الثاني من الوسيلة ذاتها، فان المحكمة اعتبرت أن المطلوب في النقض من حقه إقامة دعوى ضد مشغله بناء على عقد شغل تم فسخه بمقرر تحكيمي قبل به المطلوب، وهو ما يخالف مقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن صدور مقرر قضائي نهائي بين نفس الأطراف له قوة الشيء المقضي به، وأن الفصل 327/26 من قانون المسطرة المدنية يعتبر أن المقرر التحكيمي بعد صدوره يصبح له حجية الشيء المقضي به، كما أن الفصل 23 من قانون المسطرة المدني منع من تقديم أي طلب جديد، وهو ما يجعل قرار المحكمة مخالفا للقانون ومعرضا للنقض.

وتعيب الطاعنة على القرار أنه اعتبر شركة (...) تتوفر على صندوق للشؤون الاجتماعية أوجد به مبالغ مستحقة للمطلوب في النقض، وهي دين مستحق له، معللا واقعة وجود الصندوق بالاعتماد على قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13/03/2013 تحت عدد

401 في الملف الاجتماعي عدد 1029/3/1/2009، في حين أن ما سمي بظهير تأسيس صندوق الشؤون الاجتماعية لدى شركة (...) لا وجود له أصلا، لا في ملف القضية ولا في ملف القضية التي صدر بشأنها قرار محكمة النقض، وأنها نازعت في حقيقة وجود الظهير المذكور، كما نازعت في وجود دورية وزارية صادرة لتطبيقه، وأن المطلوب لم يدل بأصل الظهير ولا بأصل الدورية المزعومة، وأنه اكتفى بالإدلاء بقرار تمهيدي لنزاع لم يكن طرفا فيه يشير إلى الظهير وإلى الدورية المزورين، بينما الملف الذي صدر فيه القرار التمهيدي ليس بها لا الظهير ولا الدورية، وقد تأكد بأنه لا وجود للظهير ولا الدورية، وأن شروط تطبيق الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود غير متوفرة، لأن الحجية لا تثبت إلا للمنطوق ويجب أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة بنفس الصفة، لذلك يكون القرار لما علل وجود الصندوق بناء على ما ورد خطأ في القرار المذكور، يكون قد خرق مقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود، مما يعرضه للنقض.

وضمن **الفرع الرابع من الوسيلة الثانية** تعيب على القرار اعتماده على دوريات صادرة عن الطالبة معتبرا أنه بناء على تلك الدوريات يحق للمطلوب المطالبة بما سماه بالمبالغ المودعة بصندوق الشؤون الاجتماعية، في حين أن الدوريات المذكورة في القرار لا تتعلق بالعمال الذين كانوا في نزاع مع الطالبة على إثر طردهم من العمل، وما ترتب عن ذلك من صدور المقرر التحكيمي، وإنما يتعلق بالعمال النشيطين الذين يحالون إلى التقاعد، أي الذين انتهى عقد عملهم بصفة قانونية وليس من بينهم المطلوب في النقض الذي انتهى عقد عمله بمقتضى مقرر تحكيمي، لذلك لا يمكن التمسك بالدوريتين لأنهما صدرتا بعد طرد المطلوب من الشركة، وأن تقرير الخبرة أعطى تأويلا خاطئا لكلمة (...) المذكورة في الدورية 2327، زاعما أن تلك الصيغة تعني المتقاعدين في حين أن كلمة تعود على (...) وليس على المستخدمين، وأن الدورية رقم 2359 التي أتت بعدها تتعلق بكل مستخدمي (...) الحالية أي مستخدمي الشركتين معا، وأن القرار المطعون فيه لم

يبين كيف ثبت له أن المطلوب في النقض تقاعد من عمله والحال أنه طرد بمقتضى المقرر التحكيمي.

وضمن **الفرع الخامس من الوسيلة الثانية**، تعيب على القرار أنه رد الطعن بالزور الفرعي على أساس أن الصندوق موجود بمقتضى ظهير المذكور بقرار محكمة النقض المشار إليه سابقا، في حين لا وجود للظهير بالملف، وأن الزور الفرعي وجه ضد تقرير الخبرة الذي يتضمن وقائع غير صحيحة خلص فيها إلى إعطاء حقوق للمطلوب غير محق فيها، ولا يشترط في الطعن بالزور توكيل خاص وفقا للفقرة 01 من الفصل 30 من قانون المحاماة لأن الطلب غير منصب على إنكار خط يد أو طلب يمين أو قلبها، ولا ينصب فقط على الوثائق التي يدلي بها الأطراف ، وإنما ينصب أيضا على المستندات التي تعتمدها المحكمة في إصدار حكمها طبقا لما ينص عليه الفصل 92 من قانون المسطرة المدنية، وأن الخبير اعتمد على ما سماه بمحضر للمفوض القضائي الذي اطلع لدى الأمانة العامة للحكومة على دورية لم يشر إلى رقمها تحمل تاريخ 11/05/1976 وأن تلك الدورية غيرت بواسطتها دورية أخرى رقم 2327 مؤرخة في 14/09/2000، بينما المطلوب وغيره أسس دعواه على أساس وجود ظهير غير موجود أنشأ صندوق الشؤون الاجتماعية، وأن التزوير المرتكب من طرف الخبير يتجلى في كونه اعتمد على دورية ليس لها أي أثر قانوني، إضافة إلى ذلك فإن الدورية لا تتعلق بالمتقاعدين وبالأحرى المطرودين المستفيدين من مقرر تحكيمي، وأن القرار المطعون فيه لم يبين ولم يبرز لماذا استبعد تقريرين لخبيرين أكدا عدم وجود الظهير واعتمد تقرير خبير واحد خلص إلى نتيجة وجود الظهير دون أن يدلي بأي حجة، ولم يرد على ما سبق للطالبة أن تمسكت به، مما يكون معه غير مرتكز على أساس، ويعرضه للنقض.

وتعيب الطالبة على القرار المطعون فيه انعدام التعليل وانعدام الأساس القانوني بدعوى أنه أعطى للمطلوب الحق فيما أسماه بالتعويضات من صندوق الشؤون الاجتماعية من جهة، بينما رفض حقه في التعويض عن البنزين والوقود من جهة أخرى، بناء على الامتيازات التي سنها النظام الأساسي لسنة 2001، وهو نظام لاحق لمغادرة المطلوب لعلمه بسبب التقاعد، مع أنه ثبت للمحكمة مصدرته أنه لا وجود في الدورية رقم 2327 ولا في الدورية رقم 2359 ولا في النظام الأساسي لسنة 2001 لأي مقتضى يعطي المطلوب أي حق في التعويضات التي يطالب بها وهذا يظهر من تعليلها أنه: «من الملاحظ أن الدورية رقم 2327 بتاريخ 14/9/2000 وكذا القانون الجديد للمستخدمين لسنة 2001 والدورية المتعلقة به رقم 2359 بتاريخ 23/5/2001 لم يتناولوا أي مقتضى من مقتضياتهم حقوق وامتيازات المتقاعدين قبل سريان مفعول الدوريتين المذكورتين وكذا القانون الأساسي الجديد ...» وانتهت إلى أنه: «ليس من حقه الاستفادة من قانون سنة 2001 لذلك فإن مطالبتهم بمنحة الوقود أو التمدرس في شكلها الجديد بعد الزيادة فيها في غير محلها ويكون طلبهم بشأنها عرضة للرفض». إلا أنها اعتبرت مع ذلك أنه من حق المطلوب الاستفادة بما سمي بالتعويضات من صندوق الشؤون الاجتماعية الذي يخضع هو كذلك لنفس النظام الأساسي لسنة 2001، رغم أنه لم يثبت أي وجود فعلي وقانوني لا للدورية المؤرخة في 11/5/76 والتي لم يدل بأصلها للتأكد من صحتها ولا للصندوق المذكور، ولا أن المطلوب كان يساهم فيه قبل تقاعده وأنه وإن تم التسليم بوجود الدورية المذكورة التي لا يمكن أن تخضع لها شركة خاصة كالطالبة، فإنها حددت تعويضا يوازي السنة الجارية لمغادرتهم المقاولة والحال أن المحكمة قضت لهم منذ سنة 1977 وخرجت بذلك عن دورية 1976، وهي بهذا المنحنى تناقضت تناقضا واضحا في موقفها إذ كيف يمكن لمتقاعد غادر شركة لما يزيد على 6 سنوات أن يطالب بامتيازات على فرض وجودها تتعلق بعمالها الجدد وما يؤكد التناقض في تعليلها أنها أوردت «... فإن دورية 2001 رفعت

قيمة الامتيازات كما أنها لم تستثن المتقاعدين» غير أنه يتضح من القرار أن المتقاعد غير مذكور وغير معني بالدورية المؤرخة في 2001 التي تهم العمال النشطين فقط وهذا ما أكدته خبرة السيد (...) إذ انتهى في تقريره إلى أن الدورية 2001 لا تتعلق بالمطلوب باعتباره متقاعد وهي نفس النتيجة التي انتهى إليها الخبير (ط)، إلا أن القرار اعتبر أن سكوت دورية 2001 تعني أنهم يستفيدون منها وهو الأمر المخالف لأي منطق أو قانون ومن ثم وإضافة إلى التناقض يكون قد خرق مقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود المتضمنة للقاعدة الجوهرية الناجمة على أن إثبات التزام على من يدعيه ومن ثم فهو غير محق كذلك في التعويض عما سمي بصندوق الشؤون الاجتماعية مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، خلافا لما نعته الطاعنة على القرار، فمن **جهة أولى،** فإن القرار المطعون فيه قد أشار إلى جميع مذكرات ومستنتجات الطالبة المدلى بها خلال سريان المسطرة، وأجاب عن جميع الوسائل المثارة، وأن إشارته بديباجة القرار إلى أن محامي الطالبة هو الأستاذ عز الدين (ك) بدلا من الأستاذ عبد الكبير (ط)، يعد من قبيل الأخطاء المادية التي يمكن تداركها بطلب تصحيحها، كما يمكن أن يكون سببا لطلب إعادة النظر إذا كان من شأن الخطأ التأثير على نتيجة القرار، ولا يعد سببا من أسباب طلب النقض، فتكون الوسيلة غير مقبولة.

ومن جهة ثانية، فإن كان كل من الصلح والتحكيم من الحلول البديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد نظرا لطابع السرعة والحصول على الحق بأقرب السبل، فإنه يعتد بهما في حدود ما تم الصلح أو التحكيم بشأنه، أما والحال أن الطلبات التي هي موضوع النزاع لا تدخل ضمن ما سبق البت فيه سواء تعلق الأمر بالصلح التمهيدي أو بمقتضى مقرر تحكيمي بل هي طلبات أصيلة لا تندرج ضمن مقتضيات الفص 23 من ق.م.م

حتى لا يمكن المطالبة منها مرة ثانية، خاصة أنها تهم تعويضات تخص الأرباح العائدة للإجراء من جراء التغطية الاجتماعية التي خصتها لهم الطاعنة من أجل تشجيعهم على الرفع بمستوى الإنتاج واستمرارية المقاولة، وبالتالي لا دخل لها بالتعويضات التي سبق أن استفاد منها الأجير على إثر إنهاء العلاقة الشغلية ولا تخضع لمقتضيات المادة 395 من مدونة الشغل بل للقواعد العامة.

ومن جهة **ثالثة**، فان المحكمة وبناء على الدورية الوزارية المدلى بها في الملف المؤرخة بتاريخ 11/5/1976 والتي يبدأ سريانها بتاريخ 1/1/1974 فإنها تعطي الحق للأجراء المتقاعدين في الاستفادة من الأرباح المخصصة للمستخدمين وهو 1% من أرباح النشاط الاجتماعي توزيع سنويا على أساس 50% تؤدى لهم نقدا و50% تؤدى لصندوق الأعمال الاجتماعية. والمحكمة لما اعتمدت في ذلك على الدورية الوزارية المشار إليها أعلاه، فذلك بناء على وجودها ضمن الوثائق المدلى بها في الملف إضافة إلى أن ادعاءها بعدم وجود أي صندوق للشؤون الاجتماعية فإنه دفع مردود أمام إقرار ممثلها القانوني بذلك خلال جلسة البحث المنجزة ابتدائيا، أما بخصوص خرق القرار للفصول 400 و-1 417 و-2 417 من ق.م.م فلم يسبق إثارته أمام قضاة الموضوع بل أثير لأول مرة أمام محكمة النقض وهو دفع يختلط فيه الواقع بالقانون، وأن كل ما تقدمت به من دفوع يخص فقط وجود الدورية من عدمها أصلا، أما والقول حسب دفع الطاعنة بأنها لا تهم الأجراء المطرودين، فبالرجوع سواء إلى الصلح التمهيدي فإنه تضمن ضمن ديباجته أن الإنهاء تم في إطار إعادة الهيكلة للمقاولة وكذا المقرر التحكيمي الذي تضمن هو الآخر توقيف عقد الشغل مع المطلوب في النقض من طرفها، مما يستخلص منه أن الإنهاء لم يكن بإرادة الأجير بل يرجع إلى أسباب تخص الطاعنة والتي لابد له فيها مما تبقى معه الوسيلتان غير جديرتين باعتبار.

ومن جهة رابعة، فإنه طبقا للفصل 92 من قانون المسطرة المدنية فإن دعوى الزور الفرعي ينبغي أن توجه ضد المستندات التي يقدمها الخصم تعزيزا لدعواه، وأن الطالبة في نازلة الحال قدمت طلب الزور الفرعي ضد تقرير الخبير المنتدب من طرف المحكمة، وقد حدد المشرع سبيلا آخر للطعن في تقرير الخبير أو القرار التمهيدي القاضي بانتدابه، ضمن الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية، وأن المحكمة حين لم تلتفت إلى هذا الدفع، فذلك لكونه غير مناسب للمقتضيات القانونية المستدل بها، وتكون قد ردته ضمنا.

ومن جهة خامسة، فإنه طبقا لمقتضيات الفصل 441 والفقرة الأخيرة من الفصل 442، فان النسخ المأخوذة عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) تكون لها نفس قوة الإثبات لأصولها، ولا يحتاج الأمر إلى الإشهاد على مطابقتها للأصل، ما لم يظهر منها ما من شأنه أن يثير الريبة، بخلاف الوثائق الرسمية أو العرفية المنجزة من طرف الخواص، وأن المحكمة لما اعتمدت صورة شمسية من تعريب لوثيقة صادرة عن السيد الوزير الأول، لا يوجد بها ما يربها، تكون قد طبقت المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه تطبيقا سليما، ويبقى هذا الفرع من الوسيلة غير مرتكز على أساس قانوني.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض لطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار عدد 739

الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2017

في الملف التجاري عدد 774/3/3/2017

تحكيم – طبيعة الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يختص بها قاضي المستعجلات

من المقرر أنه بالرغم من وجود اتفاق التحكيم يجوز للأطراف اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي. ولما كان الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية قضى بإجراء خبرة تواجهية وحدد مهمة الخبير في الاطلاع على الوثائق المتوفرة لدى الطرفين لتحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالطالبة جراء إنهاء العلاقة بينهما، فإن محكمة الاستئناف عندما قضت بإلغاء الأمر المذكور والتصريح من جديد بعدم قبوله بعلة أن تجاوز المعاينة الصرفة إلى إبداء الرأي لتحديد الأضرار من خلال الاطلاع على وثائق الطرفين، يكون قرارها مبنيا على أساس سليم ومعللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه أن المدعية شركة (...)، تقدمت بمقال استعجالي أمام رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها بمقتضى عقدين مؤرخين في 18/06/2004 و05/12/2008، أبرمت اتفاقيتين مع المدعى عليها شركة (...) الدولية بمقتضاهما خولت لها هذه الأخير حق التوزيع الحصري لمنتوجات العلامة

(...) الخاصة بالحلي والساعات اليدوية الفاخرة ومنذ توقيع العقدين نفذت العارضة كل التزاماتها دون تقصير ... إلا أنها فوجئت برسالة صادرة عن المدعى عليها مؤرخة في 14/12/2015 تشعرها من خلالها بفسخ عقد التوزيع الحصري المؤرخ في 18/06/2004 وبرسالة أخرى مؤرخة في 21/01/2016 تتعلق بفسخ العقد المؤرخ في 05/12/2008، وذلك دون أن يصدر عنها أي خطأ، ودون مراعاة للآثار التي ستترتب عن هذا الفسخ والتي ستتحمل العارضة مبالغ باهظة تتمثل في حجم القروض والاستثمارات التي أنفقتها في سبيل تطوير علامة المدعى عليها وما سيترتب عنه من فصل لخمسة وعشرين أجيرا وأداء تعويضات لهم تصل في مجملها لأقرب من 12 مليون درهم، وأن الأضرار الناتجة عن قرار المدعى عليها بفسخ العقدين تستوجب تحديدها بكيفية واضحة و تواجهية عن طريق إجراء خبرة حسابية. والتمست لأجل ذلك الأمر بتعيين خبير مختص تكون مهمته الاطلاع على كل الوثائق الموجودة بين يدي الطرفين وتحديد مختلف الأضرار وحجمها الناتجة عن فسخ المدعى عليها للعقدين.... وبعد إجراء المسطرة أصدر رئيس المحكمة التجارية الأمر عدد 1676 قضى بإجراء خبرة عين لها الخبير عبد الرحمان (أ) الذي حددت مهمته في استدعاء الطرفين والدفاع والاطلاع على الوثائق المتوفرة لديها وعلى ضوء ذلك تحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالمدعية من جراء إنهاء العلاقة بينهما. تم الطعن فيه بالاستئناف من طرف شركة (...) الدولية وبعد الجواب والتعقيب، ألغته محكمة الاستئناف التجارية وقضت من جديد بعدم قبول الطلب، بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى بفرعيها والوسيلة الثانية مجتمعتين

حيث تنعى الطالبة على القرار خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف والمتخذ من خرق الفصول 148 و149 و327.1 من ق.م.م، وانعدام الأساس القانوني وسوء التعليل

وتحريف الوقائع، بدعوى أنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف مصدرته بكون الطعن الممارس أمامها مخالف للقانون لأنه بالرجوع للفصل 327.1 من القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية نص على ما يلي: «لا يمنع اتفاقية التحكيم أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها». فالتطبيق السليم للمقتضى أعلاه يعني بأن الطرف المتضرر من الأمر الاستعجالي الصادر في إطار النص أعلاه لا يملك حق الطعن بالاستئناف بل حق تقديم طلب التراجع أمام الجهة التي أصدرته وبنفس الإجراءات. والثابت أن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م.م هي نص خاص ورد في المادة التحكيمية وبذلك فهو مقدم في التطبيق على النص العام الذي تعرض لاستئناف الأوامر الاستعجالية أمام محكمة الاستئناف. والعارضة تمسكت بهذا الدفع النظامي غير أن محكمة الاستئناف التجارية لم تجب عنه مما يكون معه قرارها خارقا للقانون. كما أن مناط الطلب الأصلي هو الأمر بإجراء معاينة بواسطة خبير على النحو المضمن بصلب الطلب والذي قدم أمام قاضي المستعجلات لدى المحكمة التجارية في إطار مسطرة تؤطرها الفصول -148 -149 327.1 من ق.م.م وأن الفقرة الأخيرة من الفصل 148 من ق.م. نصت على أنه: «إذا لم يكن القيام بالمعاينة المطلوبة مفيدا إلا بواسطة خبير فني أمكن للقاضي تعيين خبير للقيام بذلك». وطلب العارضة الذي قدم في إطار مسطرة تواجهية جاء محكوما بالفصل 148 من ق.م.م الذي جعل الأوامر الصادرة بخصوص المعاينات لا تقبل الاستئناف. وهذا ما أقره قضاء النقض المغربي في قراره عدد 271 بتاريخ 15/04/1982. والعارضة تمسكت بكون الاستئناف غير مقبول ضد الأمر الاستعجالي الذي صدر في إطار الفصل 148 من ق.م.م خاصة وأن هذا الدفع مؤثر في الطعن برمته ومبني على أساس وأن الفصل 327.1 من ق.م.م تحدث عن الأوامر

الوقتية والتحفظية الصادرة وفقا للأحكام المضمنة في هذا القانون والفصل 148 من ق.م.م يندرج ضمن هذا القانون. إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تجب عنه ولم تعتبره دون تعليل فخرقت بذلك قواعد إجرائية من النظام العام ولم تجعل لقرارها أساسا مما يتعين نقضه. **وأيضا** فإن القرار المطعون فيه علل ما توصل إليه بخصوص إلغاء الأمر الاستعجالي الذي قضى بتعيين الخبير عبد الرحمان (أ) للقيام بالمهمة موضوع الأمر بعلة أن مقتضيات البندين 31 و32 من عقدي التوزيع تضمنتا شرط التحكيم وتعيين هيئة التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق وهو ما يجعل حسب نظر القرار، الاختصاص منزوع من قاضي الأمور المستعجلة وأن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م.م التي تنسحب إلى الإجراءات الوقتية والتي لا تدخل الخبرة من ضمنها باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى. والحال أنه تعليل منعدم الأساس القانوني وفاسد ذلك أن الطلب من ناحية لا يتعلق بالأمر بإجراء خبرة كإجراء من إجراءات التحقيق بل معاينة بواسطة خبير عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 148 من ق.م.م. والقرار عندما اعتبر الطلب متعلقا بإجراء خبرة كإجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى يكون قد حرف الطلب ولم يجعل أساسا قانونيا لما توصل إليه. ثم أن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م.م، لم تنزع الاختصاص عن قاضي المستعجلات للبت في الطلبات الوقتية أو التحفظية مع وجود شرط التحكيم، فالمقصود بالإجراء الوقتي هو الإجراء الذي يهدف إلى تهيئة دليل من أدلة الإثبات دون أن يعتبر ذلك مسا باختصاص الهيئة التحكيمية التي تبقى لها الكلمة الأخيرة للفصل في موضوع النزاع وهو ما أكده الفقه المختص ... وبذلك فالقرار المطعون فيه عندما اعتبر طلب إجراء معاينة بواسطة خبير هو طلب إجراء خبرة مباشرة يكون قد حرف وغير موضوع الطلب وعندما أخرج الإجراء المطلوب من دائرة الإجراءات الوقتية يكون قد صدر منعدم الأساس القانوني وفاسد التعليل. فضلا على أنه تضمن كذلك تعليلا فاسدا عندما اعتبر النزاع متمحورا حول تنفيذ بنود العقدين ومدى التزام كل طرفيه ببنودهما، مما يجعل

الاختصاص منعقد للهيئة التحكيمية، والحال أن النزاع يتعلق بإجراء وقتي لا علاقة له بتنفيذ العقد من عدمه وظروف ذلك التنفيذ وبذلك جاء منعدم الأساس القانوني ومحرفا للوقائع وفاسد التعليل مما يتعين نقضه.

لكن، حيث إن ما يسمح به الفصل 327.1 من ق.م.م للأطراف، ورغم وجود اتفاق لتحكيم، هو اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي، ولما كان الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية موضوع النازلة قضى بإجراء خبرة تواجهية وحدد مهمة الخبير في الاطلاع على الوثائق المتوفرة لدى الطرفين لتحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالطالبة جراء إنهاء العلاقة بينهما، فإن ذلك أمر يتجاوز المعاينة الصرفة إلى إبداء الرأي لتحديد الأضرار من خلال الاطلاع على وثائق الطرفين، وبذلك فإنه أمر قضائي يقبل الطعن بالاستئناف لدى جهة قضائية أعلى درجة. ومحكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه التي قبلت الطعن بالاستئناف باعتباره قدم بشكل نظامي تكون قد ردت ضمنيا ما أثير بشأن عدم قبوله، والثابت من وثائق الملف كما عرضت على قاضي المستعجلات أن طلب الطالبة الرامي إلى إجراء خبرة قدم في إطار الفصل 149 من ق.م.م، وبالتالي يندرج ضمن اختصاص قاضي المستعجلات القابلة أوامره للاستئناف، وليس في إطار الأوامر التي تصدر في إطار الفصل 148 من ق.م.م والتي لا تقبل الاستئناف إلا في حالة الرفض. وبذلك فالمحكمة فيما ذهبت إليه لم تخرق الوقائع ولا طلب الطاعنة وجاء قرارها مبنيا على أساس سليم ومعللا تعليلا كافيا وسليما وغير خارق لأي مقتضى من المقتضيات المحتج بخرقها والوسيلتين على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

القرار رقم 60

الصادر بتاريخ 19/1/2000

الملف التجاري رقم 709/98

المقررات التحكيمية الأجنبية تذييلها بالصيغة التنفيدية بيان وجه مخالفته للنظام العام المغربي

إن القرار التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب ، وأن الفصل 3 من الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 9/6/58 المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19/2/60 « يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر، دون أن تفرض شروطا مشددة غير المفروضة للإعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو تنفيذها، مما يدل على أن الاختصاص مسند بمقتضى الاتفاقية التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم للقانون الوطني موضوع الفصل 320 من ق.م.م فلا مبرر للإستدلال بمقتضيات الفصلين 18 و430 من القانون الذي يهم الأحكام القضائية، وأنه بالإضافة إلى طريقة رقم طلب الاعتراف والتنفيذ للمقرر التحكميمي الأجنبي منظمة بمقتضى الفصل الرابع من الاتفاقية الذي يجعل أجلا للإيداع، فإن أجل الفصل 320 من ق.م.م يهم التحكيم الداخلي ولا يترتب عن عدم مراعاته أي أثر على الأمر بالتنفيذ فلم يخرق القرار أي مقتضى.

باسم جلالـــة المـــلك

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 20 مارس 1998 تحت عدد 1141 في الملف عدد3960/97، أن المطلوب في النقض وقعت مع الطالبة والشركة ..... اتفاقية ترمي الى إنشاء تجمع للدخول في المناقصة العمومية التي كانت الدولة المغربية في شخص مكتب استغلال الموانىء تعتزم تنظيمها لإنجاز أشغال تهييء رصيف خاص بالحاويات في ميناء الدار البيضاء، واتخذت هذه المجموعة إسم (س) وقد رسا عليها المزاد بقيمة حوالي خمسمائة مليون درهم، وقد استطاعت المطلوبة بطريقة مثيرة الحلول محل الشركة .....، وقد اعتقدت الطالبة أن العلاقة ستستمر مبنية على التوازن والتشاور لما فيه مصلحة الجميع، إلا أن العكس هو الذي حصل وأخذت المطلوبة في النقض تتعسف واستحوذت على مقر المجموعة ومنعت ممثل الطالبة من ولوجه، وبدأت تتفاوض مع الدولة المغربية بكيفية انفرادية واتخذت القرارات التي تشكل تغيرا جوهريا لنظام الصفقة وكلما نبهت الطالبة المطلوبة إلى ضرورة احترام الميثاق الرابط بينهما إلا ولوحت هذه الأخيرة باللجوء إلى التحكيم استنادا إلى بند مدسوس لم تكن الطالبة لتنتبه إليه عند التوقيع الإجمالي، مع ما يتضمن هذا من حرمان اللجوء إلى القاضي المغربي الوطني، وقد وجدت الطالبة نفسها تتعامل بالرغم من كونها شريكا كمقاول من الداخل وأصبحت دائنة خارجية للمجموعة بمبالغ مقابل الأشغال المنجزة، وعليه فقد تسلمت من شركة (س) التي تسيرها المطلوبة في النقض كمبيالة بمبلغ 4.200.000,00 درهم رفضت أداءها، رغم حلول استحقاقها بذريعة أنها مزورة، وقد حصلت الطالبة على أمر بأداء هذه الكمبيالة التي قدمت بشأنها المطلوبه في النقض شكاية جنحية بالتزوير انتهت إلى الحفظ، وهذا ما يعني أن المطلوبة

تريد الإنفراد بمنتوج الصفقة وحرمان الطالبة من حقوقها المشروعة، وقد انتهت المنازعات بينهما إلى طريق مسدود أدى إلى لجود المطلوبة في النقض بعرضها أمام هيئة للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولة بباريس التي أصدرت مقررا تحكيميا لفائدة هذه الأخيرة قضى لها بأداء فوائد ومبالغ، كما حكم عليها لفائدة الطالبة بأداء الفوائد على مبلغ 4.200,00 درهم من 15/3/94 الى 29/3/95 ومعاينة المقاصة بين ديون الأطراف المتبادلة وتصفية مصاريف الخبرة والتحكيم، وقد قدمت المطلوبة في النقض مقالا بتاريخ 20 ماي 1997 إلى رئيس المحكمة الابتدائية عين الشق الحي الحسني بالبيضاء، ملتمسة تذييله بالصيغة التنفيذية طبقا للفصل 320 من ق.م.م، وبعد تبادل المذكرات والتعقيبات أصدر السيد رئيس المحكمة أمرا بتاريخ 10/7/97 بعدم الاختصاص ألغى بمقتضى القرار المطعون فيه وحكم من جديد بإعطاء الصبغة التنفيذية للمقرر التحكيمي الصادر عن المحكمة الدولة العليا للتحكيم بباريس بتاريخ 13/12/96.

في شأن الوسيلة الأولى

حيث تنعى الطالبة على القرار عدم الاختصاص وخرق الفصلين 320 و323 من ق.م.م بدعوى أن القرار المطعون فيه ذهب في إبطاله للأمر الإبتدائي الى أن رئيس المحكمة الابتدائية عين الشق الحي الحسني هو المختص بالبت في طلب تذييل المقرر التحكيمي الأجنبي بالصيغة التنفيذية، بينما الفصل 320 يعطي صراحة الاختصاص لرئيس المحكمة التي صدر المقرر التحكيمي في دائرتها ويعطي الفصل 323 من ق.م.م الإختصاص بالبت في الطعن بالاستئناف لمحكمة الدرجة الثانية التي صدر المقرر في دائرتها وأن اتفاقية نيويو رك لا تتضمن أي استثناء عن هذين الفصلين، وأنه تبعا لذلك كان على المطعون ضدها أن تستصدر حكما يقضي بتذييل المقرر التحكيمي بالصبغة التنفيذية من محكمة باريس وأن تعمد بعد ذلك إلى طلب تذييل هذا الأخير بالصبغة التنفيذية

أمام موطن العارض في إطار مقتضيات الفصل 430 من ق.م.م، وأن القرار المطعون فيه يحمل في طياته تناقضا صريحا عدما استبعد المقررات التحكيمية الأجنبية من الخضوع لشروط الفصل 320 من ق.م.م، في حين أقر اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بالبت في طلب الصيغة التنفيذية وأن هذه من قبيل الدعاوى التي تختص المحاكم الابتدائية بهيأتها الجماعية للبت فيها طبقا للفصل 18 من ق.م.م. اعتبارا إلى أن المشرع أسند الإختصاص بصددها لمحكمة أخرى وليس لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات كما ذهب القرار المطعون فيه وهو ما يجعله عرضة للنقض.

لكن حيث إن المقرر التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب وأن الفصل الثالث من اتفاقيات الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 09/06/58 المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19/06/60 يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر، دون أن تفرض شروطا مشددة غير المفروضة للإعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو بتنفيذها، مما يدل على أن الإختصاص مسند بمقتضى الإتفاقية التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم، للقانون الوطني موضوع الفصل 320 من ق.م.م، فلا مبرر للإستدلال بمقتضيات الفصل 18 و 430 من نفس القانون الذي يهم الأحكام القضائية، وأنه بالإضافة إلى أن طريقة رفع طلب الاعتراف والتنفيذ للمقرر التحكيمي الأجنبي منظمة بمقتضى الفصل الرابع من الاتفاقية الذي لا يجعل أجلا للإيداع، فإن أجل الفصل 320 من ق.م.م يهم التحكيم الداخلي، ولا يترتب عن عدم مراعاته أي أثر على الأمر بالتنفيذ، فلم يخرق القرار المطعون فيه أي مقتضى والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية بفرعيها

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق مبدأ قوة الشيء المقضي به ومبدأ التقاضي على درجتين، بدعوى أن القرار المطعون فيه الذي قضى بتذييل المقرر التحكيمي الذي سبق أن رفض طلب تذييله بالصيغة التنفيذية يكون قد خرق مبدأ قوة الشيء المقضي به، وهي قاعدة جوهرية من النظام العام وخرق مبدأ التقاضي على درجتين؛ إذ قضت محكمة الاستئناف بإبطال الحكم الإبتدائي فيما قضى به من التصريح بعدم الاختصاص، وكان عليها أن تقف عند هذا الحد دون الفصل في جوهر المنازعة، وبذلك يكون قد خرق خرقا صريحا مبدأ التقاضي على درجتين مما يجعله عرضة للنقض.

لكن حيث إن موضوع الفرع الأول من الوسيلة أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى فهو غير مقبول.

ومبدأ عدم التصدي في حالة إلغاء الحكم الابتدائي القاضي بعدم الاختصاص لاحترام مبدأ التقاضي على درجتين يهم قضاء الموضوع وليس الأوامر المبنية على طلب أو الاستعجالية فيكون الفرع الثاني على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق القانون الداخلي وبالأخص خرق الفصل 230 من ق.ل.ع والفصل 17 من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين الناص على وجوب سلوك مسطرة التوفيق قبل المرور إلى مسطرة التحكيم وضرورة انتظار أجل 30 يوما من أجل التوصل إلى حل ودي بعد عرض النزاع على لجنة الإدارة ولجنة المدراء إلا أن المطلوبة في النقض بادرت إلى طلب التحكيم ورغم أن الطالبة أثارت هذا الدفع إلا أن المقرر التحكيمي رفضه بعلة أن الطرفين متعارضان بسبب خلاف خطير جدا وقضى بقبول طلب التحكيم

رغم مخالفته لقواعد جوهرية، وأن القرار المطعون فيه الذي قضى بتذليل المقرر الباطل بالصيغة التنفيذية يكون قد خرق الفصل 230 من ق.ل.ع وعرضه للنقض.

كما أنه بالرجوع للمقرر التحكيمي المطعون فيه يلفى أن مسطرة التحكيم انطلقت في سنة 94 ولم تنته إلا في 13/9/96 وأن نفس المحكمة أصدرت في 3/3/97 مقررا تحكيميا تفسيريا في إطار نفس المسطرة، مما يجعل المقرر قد صدر بعد قرابة ثلاثة سنوات، علما أن المشرع المغربي حدد أجل الفصل في المنازعة في ثلاثة أشهر طبقا للفصل 312 من ق.م.م. وأنه يترتب عن عدم احترام هذا الأجل انتهاء مسطرة التحكيم، وبذلك يكون المقرر التحكيمي باطلا ، وتبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه القاضي بتذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية عرضة للنقض.

وأن المقرر التحكيمي استند إلى شرط تحكيمي متضمن في الفصل 17 من الاتفاقية، غير أنه لم يتم اشتراطه كتابة وبخط اليد والتوقيع عليه بصفة خاصة، فضلا عن التوقيع العام الذي يأتي في مؤخرة العقد كما نص على ذلك الفصل 309 من ق.م.م والمادة 1443 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، وإلا عد باطلا وبذلك يكون المقرر التحكيمي باطلا، مما يتوجب معه نقض القرار الذي قضى بتذييله بالصيغة التنفيذية.
وأن المقرر التحكيمي قضى لفائدة المطلوبة في النقض بتعويضات على أساس نسبة 18% وأنه إذا كان الاتفاق ينص على نسبة مرتفعة، فإن على المحكمة أن ترد الأمور إلى نصابها بإعمال السقف الأعلى للفائدة الاتفاقية، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وبذلك جاء المقرر التحكيمي باطلا لمخالفته قاعدة جوهرية من النظام العام وعرضه للنقض .

وإن المقرر التحكيمي المطعون فيه صدر طبقا للقانون الفرنسي إذ ينص البند 16 من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين على أنها خاضعة لهذا الأخير بينما العارض الطالبة شركة

مغربية، والعقد أبرم بالمغرب من أجل إنجاز صفقة مع الدولة المغربية في شخص مكتب الموانىء، وأنه بالرجوع إلى قواعد الإسناد، فإن مجرد الجنسية الإسبانية لا تبرر استبعاد الاتفاقية من الخضوع لأحكام القانون الوطني المغربي، إعمالا لقواعد الإسناد المستقر عليها في النظرية للقانون الدولية الخاص، وأن إخضاع مثل هذه الاتفاقية المرتبطة بمرفق عمومي مغربي لئن كان مقبولا في مجال القواعد المفسرة والتحكيمية فإنه يفتقد لكل مشروعية في حقل القواعد الآمرة المغربية المتعلقة بالنظام العام، مما يتناسب معه نقض القرار المطعون فيها لما قضى به من تذليل المقرر التحكيمي المخالف للنظام العام المغربي، بالصيغة التنفيذية، وأن رئاسة هيئة التحكيم عادت للسيد (....) الذي ينتمي إلى سلك القضاء بل يتحمل مسؤولية في أحد المعاهد العليا الفرنسية لوزارة العدل، وهو ما يتنافى ومهمة المحكم إذ وجود قاضي محترف من شأنه أن يؤثر على قضاة الصيغة التنفيذية، ويحول دون ممارستهم للرقابة، وهو ما يستوجب بطلان المقرر التحكيمي وبالتالي القول بنقض القرار.

وأن المحكمين كلفوا الخبير « .... « ثم الخبير « .... « لإجراء خبرة حسابية بمقتضى أمر مؤرخ في 31/1/1996 وأن التشريعات تلزم الخبراء بأداء اليمين القانونية قبل الشروع في ممارسة مهامهم تحت طائلة بطلان تقاريرهم، وهو ما ينص عليه الفصل 59 من ق.م.م وأن المقرر التحكيمي استند إلى تقرير صادر عن خبير لم يؤد اليمين القانونية؛ وعليه فهو غير مؤهل، وبالتالي يكون عرضة للبطلان وإلى نقض القرار المطعون فيه الذي ذيل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وأنه قضى بفسخ العقد الموقع في أكتوبر 1991 وذلك مخالفة لمبدأ التزام المحكمة بالبت في حدود الطلبات المقدمة إليها بصفة قانونية، وهو مبدأ تنص عليه التشريعات المسطرية، ومنها الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية والفصلان 4 و5 من قانون المسطرة الفرنسية، وبذلك خرق المقرر التحكيمي هذه المقتضيات، مما يعرضه للنقض والقرار المطعون فيه. وأنه حكم وحدد طلبات التعويض

عوضا عن المدعية وهو بذلك معيب بسبب خرقه قاعدة جوهرية من قواعد المرافعات بحكمه بما لم يطلب، وهو ما يعرضه للنقض وكذا نقض القرار المطعون فيها لما قضى به من تذييل بالصبغة التنفيذية، وأنه بالرجوع إلى منطوق المقرر التحكيمي يظهر أن المحكمة قضت بفسخ العقد الرابط بين الطرفين بسبب ما عاينته من أخطاء، والحال أن الفسخ لم يرد ضمن طلبات المطعون ضدها، وأن نفس المطوق قضى برفض طلب هذه الأخيرة بطرد العارضة من الصفقة، وبذلك يظهر جليا أن الحكم بالفسخ يتعارض ورفض طلب التوقف والطرد، وأن منطوق المقرر المطعون فيه جاء مضطربا بل ومتناقضا بشكل يدعو إلى الشك والريبة وأن التناقض يعتبر سببا من أسباب البطلان، وهو ما يتناسب ونقض القرار المطعون فيه لما قضى به من تذييل مقرر تحكيمي باطل بالصيغة التنفيذية.

لكن حيث إن موضوعات الوسيلة أثيرت لأول مرة أمام المجلس الأعلى فتكون غير مقبولة .

في شأن الوسيلة الرابعة

حيث تنعى الطاعنة على القرار المطعون فيه عدم الارتكاز على أساس قانوني أو انعدام التعليل بدعوى أنه لم يجب على مجموعة من دفوع العارضة التي أثارتها بصفة نظامية، سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الدرجة الثانية واكتفى بالإشارة في تعليلاته إلى أن المقرر التحكيمي غير مخالف للنظام العام المغربي حول الإجابة على ما نعته العارضة على المقرر المذكور فيما يخص خرقه النظام العام المغربي، وأن التعليل الغامض ينزل منزلة انعدامه؛ إذ أن قضاة الاستئناف بصيغتهم هذه يكونون قد حرموا المجلس من مراقبة رقابته وفق الشكل الذي يفرضه القانون، مما يناسب تبعا لذلك نقض القرار المطعون فيه .

لكن حيث إن الطالبة في مذكرة جوابيها على المقال الاستئنافي باكتفائها بالقول إنه بغض النظر عن كون المقرر المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام المغربي دون أن تبين وجه مخالفته له تكون صرفت النظر عن الدفع، وما أورده القرار من تعليل منتقد لم يكن جوابا عن الدفع وإنما لتبرير أمره بالتفنيذ فالوسيلة غير مقبولة.

<u>لهــــذه الأسبـــــــاب</u>

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب، وعلى رافعته بالصائر

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط.

القرار التجاري عدد 274

الصادر بغرفتين بتاريخ 08 مارس 2006

الملف التجاري عدد 292/3/2/2003

التحكيم، مقرر تحكيمي، تفسير بنود الاتفاق، خروج عن اختصاص المحاكم (لا)

إن تفسير الحكمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهما، وتكون محكمة الاستئناف قد خرقت مقتضيات الفصلين 306و221 من قانون المسطرة المدنية لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد ، والحال أن المقرر المذكور اعتبر الاتفاقية المتنازع في شأنها عقد بيع مقيد بشرط إداري محض يتعلق بتسديد الثمن متروك لإرادة المدعيين الأصليين وحدهما وبأن هذين الأخيرين لم ينفذا الشرط المذكور ولم يتم أي عقد بيع نهائي بين الطرفين، ونتيجة لذلك لم ينشأ أي التزام قانوني على عاتق الطرفين، وبأن مسطرة التحكيم تعتبر مسطرة تعسفية وكيدية تستوجب الحكم بالتعويض على من باشرها.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون؛

في شأن الدفع الشكلي

حيث تقدم دفاع المطلوب (...) بدفع يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الطعن بالنقض طالما أن الطالبين قد سلكا مسطرة الطعن بإعادة النظر في القرار موضوع الطعن بالنقض وصدر في شأنه قرار برفض الطلب .

لكن، حيث إنه ليس في قانون المسطرة المدنية ما يحول دون المحكوم ضده استئنافيا من اللجوء إلى مسطرة الطعن بالنقض بعد أن سلك مسطرة إعادة النظر، وأن سلوكه لأحد الطعنين لا يعتبر منه تنازلا عن الطعن الآخر ويكون الدفع على غير أساس .

في الموضوع

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدارالبيضاء بتاريخ 20/3/1997 في الملف عدد 6444/96 أن المدعيين (الطالبين)..... تقدما بمقال مفاده أنه بمقتضى اتفاقية مؤرخة في 8/2/1988 التزم المدعى عليهما (المطلوبان) .... بشراء 62.50% من مجموع الحقوق التي يملكانها في سبع شركات وأصول تجارية مفصلة في الاتفاقية المذكورة مقابل مبلغ اجمالي قدره 30.000.000,00 درهم وتمت الإشارة في الاتفاقية المذكورة إلى تحرير عقود اقتناء الشركات والأصول التجارية لكل واحدة على حدة بتاريخ لاحق، إلا أن المدعى عليهما رفضا توقيع العقود النهائية وتسديد الثمن المتفق عليه، وأن اتفاقية 8/2/1988 نصت على مسطرة التحكيم في حالة حصول نزاع، وأن العارضين (المدعيين) عينا الأستاذ النقيب ..... كمحكم لهما وأشعرا المدعى عليهما بتعيين محكمهما وانذارهما بالقيام بذلك في أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ التوصل غير أنهما لم يحركا ساكنا، فتقدما إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالدارالبيضاء في إطار الفصل 309 من ق.م.م لتعيين محكم لهما، فأصدر قرارا في المقالات المختلفة عدد 6696/96 عين بمقتضاه الأستاذ النقيب ...... محكما إلى

جانب الأستاذ ..... وقد باشر المحكمان مسطرة التحكيم، وأصدرا بتاريخ 24/01/1996 قرارا تحكيميا قضى: « بأن اتفاقية 8/2/1988 المتنازع في شأنها تعتبر عقد بيع مقيد بشرط إرادي محض يتعلق بتسديد الثمن متروك لإرادة المدعيين الأصليين وحدهما، وبأن هذين الأخيرين لم ينفذا الشرط المذكور ولم يتم أي عقد بيع نهائي بين الطرفين. ونتيجة لذلك لم ينشأ أي التزام قانوني على عاتق الطرفين وبأن مسطرة التحكيم التي باشرها السيد ... تعتبر مسطرة تعسفية وكيدية والحكم عليهما بالتضامن بأن يؤديا للسيد... تعويضا مدنيا قدره 2.000.000,00 درهم مبلغ 250.000,00 درهم أتعاب التحكيم، ورفض ما زاد على ذلك من الطلبات. والتمس المحكوم لهما إعطاء الصيغة التنفيذية بصفة نهائية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ 24/01/1996 عن الأستاذين .....، فأصدر السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالدارالبيضاء آنفا أمرا استجاب بمقتضاه للطلب ألغته محكمة الاستئناف وحكمت برفض الطلب، بعدما استؤنف استئنافا أصليا من طرف السيد .... واستؤنف فرعيا قدم من طرف السيد وهو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة المتخذ من خرق مقتضيات الفصلين 306 و321 من ق.م.م؛ ذلك أن الفصل 321 لا يعطي للقضاء حق مراقبة مقرر المحكمين إلا إذا كان فيه مساس بالنظام العام بالمعنى القانوني، وبما أن النظام العام الذي قالت المحكمة قد وقع المساس به هو عدم الاختصاص النوعي بالخروج عن نطاق شرط التحكيم، فإن ذلك ليس من النظام العام، كما أن الفصل 306 الذي أشارت المحكمة في قرارها إلى أنها اعتمدته فيما لا يجوز أن يكون موضوعا للتحكيم لا يجعل عدم الاختصاص أو الخروج عن شرط التحكيم من بين المسائل التي أوردها على سبيل الحصر، وأن المحكمة بهذا تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 306 و321 المذكورين.

حيث ثبت صحة ما نعاه الطالبان على القرار، ذلك أن محكمة الاستئناف المطعون في قرارها اعتبرت في حيثيات قرارها أن ما ذهب إليه المقرر التحكيمي من أن اتفاقية 8 فبراير 1988 المبرمة بين الطرفين هو عقد بيع معلق على شرط إرادي المشترين للثمن، هو بطلاه ضمني للإتفاق، وهو خارج الاختصاص الموكول للمحكمين وفيه مساس بالنظام العام، ونتيجة لذلك اعتبرت قرار التحكيم باطلا، في حين أن تفسير المحكمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهما، وعليه فإن محكمة الاستئناف لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصبغة التنفيذية مخالفا للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 306 و321 المذكورين خرقا أضر بالطاعنين وعرضت بالتالي قرارها للنقض.

حيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة.

لهـــــــذه الأسبـــــــاب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وبإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها طبقا للقانون وهي مرتكبة من هيأة أخرى، وتحميل المطلوبين في النقض المصاريف.

القرار عدد 300

المؤرخ في : 22/03/2018

الملف اداري رقم 1542/4/1/2015

- بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 تظل بصورة انتقالية، مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه مطبقة على: - اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ ، الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المتعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن.

- بمقتضى المادة 46. 327 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يخول الإعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الإعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه بالنقض المشار إلى مراجعه أعلاه، أنه بتاريخ 07/03/2014 تقدمت المدعية (الطالبة) بمقال إلى رئيس المحكمة

الإدارية بالرباط، عرضت فيه أنها شركة تركية سبق لها أن فازت بالصفقة رقم ST0244MT4 المعلن عنها من طرف م و ك آنذاك في إطار طلب عروض، تهم إنجاز خطوط كهربائية من نوع 400 كيلو فولت مستخرجة من المركز الكهربائي لتهدارت، من أجل دعم الشبكة الوطنية من ذات الفئة وتحويل الخطوط 400 كيلو فولت و 225 كيلو فولت على المراكز المستقبلية 225/400 كيلو فولت لمدينة وليلي (تولال 2)، وأن الفصل 24 من دفتر الشروط الإدارية الخاصة نص على أن الفصل في النزاعات الناتجة عن تأويل أو تطبيق مقتضيات الصفقة في حالة عدم تسويتها حبيا، يتم عن طريق التحكيم بناء على نظام المصالحة والتحكيم بالغرفة التجارية الدولية، وأنها لجأت فعلا إلى تفعيل شرط التحكيم، فأصدرت المحكمة الدولة للتحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية المذكورة حكما نهائيا بتاريخ 19 غشت 2013، قضت فيه بأن فسخ المكتب للصفقة كان تعسفيا وقضت عليه بالتعويض، لم يقم المكتب المعني باستئنافه على الرغم من تبليغه، فتم تذييله بالصيغة التنفيذية بأمر رئاسي صادر عن المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس بتاريخ 04/01/2013، وأمام امتناع المكتب الصريح عن تنفيذ الحكم المذكور والمعبر عنه في رسالته المؤرخة في 18/02/2014، فإنها تلتمس الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة الدولة التابعة لغرفة التجارة الدولة في الملف عددMCP/ND/17106 وفقا للمقتضيات الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة للإشراف على قرارات التحكيم الأجنبية المؤرخة في 09/08/1958، والتي صادق عليها المغرب بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.266 بتاريخ 19/2/1960، مع النفاذ المعجل، وبعد جواب م وك بمذكرة دفع فيها بعدم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية للبت في الطلب، لأن الأمر يتعلق بقرار تحكيمي دولي يرجع الاختصاص في الإعتراف له بالصيغة التنفيذية الى رئيس المحكمة التجارية طبقا لمقتضيات الفصل 327- 46 من قانون المسطرة المدنية، وبعد جواب الوكيل القضائي للمملكة بمذكرة دفع فيها بكون الطالبة لم تبين النص القانوني الذي اعتمدته للمطالبة

بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي ومنحه الصيغة التنفيذية هل هو الفصل 310-26 من قانون المسطرة المدنية الذي يتحدث عن الأحكام التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الداخلي حيث يرجع الاختصاص إلى المحكمة الإدارية كمحكمة موضوع، أم هو الفصل 327-46 من نفس القانون الذي يمنح الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية عندما يتعلق الأمر بحكم تحكيمي دولي، بالإضافة إلى وجود طعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي مقدم من طرف م و ك م ص ش أمام محكمة الاستئناف بباريس، الذي يوقف عملية تنفيذه، ملتمسا البت في نقطة الاختصاص النوعي انطلاقا من التأطير القانوني السليم للنازلة وإيقاف النظر في الطلب إلى حين صدور قرار في الطعن بالبطلان السالف الذكر، وبعد تمام الإجراءات صدر الأمر بعدم اختصاص قاضي المستعجلات، استأنفته الطالبة (المدعية)، فقضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتأييده، وهو القرار المطعون فيه بالنقض .

في وسيلتي النقض مجتمعتين للإرتباط

حيث تنعى الطالبة على القرار المطعون فيه بالنقض خرق القانون الداخلي المتمثل في خرق مقتضيات المادة الثانية من قانون رقم 05-08 وخرق قواعد الاختصاص الخاصة بقاضي التذييل وفساد التعليل الموازري لانعدامه، ذلك أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن الطلب الرامي إلى الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصبغة التنفيذية، يجب أن يندرج في إطار مقتضيات قانون 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 خارقة الفقرة الأولى من مادته الثانية بخصوص معيار تطبيق القانون من حيث الزمان المتجسد في معيار تاريخ التوقيع على العقد المتضمن لشرط التحكيم كمعيار جوهري، وأن هذ المعيار جاء في باب المقتضيات الانتقالية، مما يفيد صراحة نية المشرع المغربي إلى ضرورة الأخذ بالمراكز القانونية المنشأة على وجه صحيح

في إطار القانون القديم، والإعتداد بمبادئه وقواعده صونا لمبدأ الأمر والثبات التشريعي والقانون، مما يجعل مقتضيات ظهير 1974 الخاصة بقانون المسطرة المدنية هي الواجبة التطبيق، ومن جهة ثانية فإن القول باعتماد الفصل 327-40 من قانون المسطرة المدنية كأساس للتصريح بعدم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية جاء خارقا للأحكام القانونية المنظمة لقضاء التذييل، سواء في إطار القانون القـــديم الواجب التطبيق (أي ظهير 1974) بصريح الفقرة الأولى من المادة الثانية المشار إليها، لأن الأساس القانوني المعتمد لمنح الإعتراف وتذييل الحكم التحكيمي الدولي بالصيغة التنفيذية هو مقتضيات الفصل 322 من قانون المسطرة المدنية الذي يشير صراحة إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بعد استئناف أحد الأطراف، ومن جهة أخرى فإن العقد المتضمن لشرط التحكم يتضمن كل مقومات العقد الإداري باعتباره صفقة عمومية من ناحية، وكون أحد أطرافه مؤسسة عمومية من ناحية ثانية، وأن الأمر يهم تسيير مرفق عمومي من ناحية ثالثة، والقول بتعلق المضمون بمصالح التجارة الدولة لا ينفي عنه صفته وطبيعته الإدارية ومن تم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية كقاضي للتذييل، أو في إطار القانون الجديد، ذلك أن تعليل محكمة الاستئناف بعدم اختصاص المحكمة الإدارية استنادا إلى أحكام الفصل 327-40 من قانون المسطرة المدنية يبقى مخالفا للقانون اعتبارا للطبيعة الإدارية للعقد المتضمن لشرط التحكيم المعتبر صفقة عمومية بمفهوم القانون المغربي المتفق عليه كقانون واجب التطبيق، وهو الأمر الذي أقرته المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، وأن اختصاص النظر في المنازعات الخاصة بالاعتراف وتذييل الحكم التحكيمي الذي يهم أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام تبقى من اختصاص رئيس المحكمة الإدارية استنادا إلى أحكام القانون رقم 05-08 وليس المحكمة الإدارية كمحكمة موضوع، كما جاء في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط أو رئيس المحكمة التجارية بالرباط، كما جاء في القرار الاستئنافي المطعون فيه، والذي

اعتبر موضوع العقد المتضمن لشرط التحكيم له صلة مباشرة بمصالح التجارة والاستثمار الدوليين، وأن التحكيم بشأنه هو تحكيم دولي وفق أحكام الفصل 327- 40 وهو تعليل فاسد لثلاث اعتبارات أولها أن ارتباط العقد المتضمن لشرط التحكيم، الذي هو صفقة عمومية مبرمة عقد طلب عروض دولي، بمصالح التجارة الدولية، لا يمكن أن يؤدي إلى نفي الصفة الإدارية عن العقد وفق ماجاء في قرار صادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ17 ماي 2010 في قرار شهير معروف باسم INSEREM وهو نفس الاتجاه الذي نحاه القضاء اللبناني، وأن النزاع هو ذو طبيعة إدارية وأن مصالح التجارة الدولية على النحو المعلل لا يمكنها نفي أو استبعاد الصفة الإدارية للعقد المتضمن لشرط التحكيم، مما يجعل الاختصاص منعقد لرئيس المحكمة الإدارية وفقا للقانون المتمسك به من قبل محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، ويناسب نقض القرار.

لكن، حيث لئن كانت الأحكام الانتقالية تسبغ بمحدوديتها من حيث التطبيق في الزمان، فإن بدئ سريانها يحكمه مبدأي عدم رجعية القوانين وأثرها الفوري، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي أوردت ضمن تعليلاته أن طبيعة هذه الأحكام في نازلة الحال، التي تؤطرها مقتضيات المادة الثانية من القانون رقم 05- 08 الصادر بتنفيذ القانون رقم 2.07.169 بتاريخ 30نونبر 2007، تستلزم قراءة هذا المقتضى القانوني بصورة متكاملة تجمع بين فقرتيه الأولى والثانية وعدم تجزئة التعامل بين كلتيهما، موضحة أن الفقرة الأولى من ذات المادة الثانية المشار إليها تتحدث عن اتفاقات التحكيم من حيث موضوع الاتفاق الذي يبقى خاضعا للمقتضيات القديمة التي نشأ الاتفاق في ظلها، وأن هذا القانون(رقم 05- 08) لا يطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخوله حيز التنفيذ التي تظل خاضعة من حيث شروط صحتها للقانون الملغى، غير أنه يطبق على الدعاوى المقدمة بعد دخوله حيز التنفيذ دون الدعاوى التحكيمية التي كانت جارية أمام المحاكم في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ إلى حين تسويتها واستنفاد طرق

الطعن المتعلقة بها،للتمييز بين المعيار الشكلي والموضوعي، مضيفة (المحكمة) أن الدعوى التحكيمية التي باشرتها المستأنفة قد تم رفعها أمام المحكمة الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 6 ماي 2010، وهو تاريخ لاحق على نشر القانون الجديد رقم 08-05 بالجريدة الرسمية بتاريخ 6 دجنبر 2007، تكون قد راعت المبدأ السالف الذكر مؤسسة ذلك على ما استنتجته، وعن صواب، من أن القانون الواجب إعماله في تحديد الجهة القضائية التي تعتبر مؤهلة قانونا للبت في الاختصاص في الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصبغة التنفيذية هو القانون الجديد، أما بخصوص النعي المرتكز على كون رئيس المحكمة الإدارية هو المختص بتذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، فإنه لما ثبت لها أن الأمر يتعلق بمقرر تحكيمي صادر بمناسبة تحكيم دولي وثبت لها أيضا بالتنصيص الوارد في الفصل 327-40 أنه كلما كان الأمر يتعلق بنزاع من هذا الصنف يكون رئيس المحكمة الإدارية غير مختص، أيدت الأمر المستأنف، فتكون قد اعتدت بالتمييز الذي أقره المشرع في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الذي ميز بين التحكيم الداخلي وبين الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي وفق المبين في الفصل 327-40، مستندة في ذلك إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 327-46 بخصوص تخويل الاعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المغرب لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التي يتبع لها مكان التنفيذ، إذا كان مقرر التحكيم صادرا بالخارج، واعتبرت (المحكمة) التحكيم في نازلة الحال دوليا على الرغم من وروده ضمن بنود صفقة عمومية أبرمت بين م وك والمستأنفة في نطاق تدبير عمومي، وذلك استنادا إلى صلة موضوعه المباشرة بمصالح التجارة والاستثمار الدوليين وباعتبار المقر الاجتماعي للمستأنفة يوجد خارج التراب المغربي، فضلا عن أن الاتفاق عين مكان التحكيم خارج بلد الطرفين تتولى تحديده الغرفة التجارية الدولية، والتي هي عناصر لم يكن من شأنها أن تنزع الاختصاص

من رئيس المحكمة التجارية لفائدة رئيس المحكمة الإدارية، لتخلص في منحى مبرر إلى تأييد الأمر المستأنف بعلل ارتكزت فيها نفس الأسس المومأ إليها أعلاه، فلم يخرق قرارها أي مقتضى قانوني وجاء معللا تعليلا سليما وكافيا، والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بغرفتين برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار عدد 358

الصادر بتاريخ 22 شتنبر 2016

في الملف التجاري عدد 58/3/1/2015

حكم تحكيمي جواز الاتفاق على إيداعه بكتابة ضبط محكمة تجارية غير تلك التي صدر بدائرتها

إن المحكمة لما ثبت لها من اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية موضوع الاتفاق، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر بدائرتها الحكم أعلاه، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع، يكون قرارها معللا تعليلا سليما، وغير خارق لمقتضيات الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية التي تضمنت قواعد غير آمرة يمكن أن تكملها إرادة الأطراف.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم اجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه، أن الطالبة شركة المصبرات المغربية (.....) تقدمت بتاريخ 15/10/2013 ، بمقال لتجارية أكادير، عرضت فيه أنها عهدت

للمطلوب حضورهما شركتي (...) و(...) بإعداد دراسة حول نشاطها الصناعي والتجاري، غير أن نزاعا نشب بين الطرفين بشأن حقولهما والتزاماتهما الناجمة عن هذه العلاقة، فلجأت الشركتان المذكورتان لمسطرة التحكيم من أجل فض نزاعهما مع المدعية، وعين كل فريق منهما محكما، ويتعلق الأمر بالمطلوبين الثاني والثالث عبد الرفيع (م) ومحمد (ا) ، بينما عين رئيس المحكمة التجارية بأكادير المطلوب الأول طارق (م) كمحكم ثالث رئيسا للهيئة التحكيمية، والتي بعد مباشرتها للإجراءات المسطرية، وإصدار حكمها التحكيمي، قامت بإيداعه بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 23/9/2010، وهو إيداع باطل بسبب مخالفته لأحكام الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، إذ أشار ذلك الحكم في صفحته السادسة إلى عقد المحكمين لاجتماع بتاريخ 25/1/2010 قرروا خلاله تبليغ محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المتضمن لمجموعة من القواعد الإجرائية من بينها: « اعتبار عنون المحكم محمد (ا) الكائن بالرقم 349 شارع محمد الخامس رقم 39- 40 مقرا لإجراء التحكيم»، كما أشار ذات الحكم في صفحته السابعة إلى اتفاق الطرفين على وثيقة التحكيم التي نصت على: « اعتماد نفس مقر التحكيم الذي تم تعيينه بموجب محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المذكورة «، وهو وضع كان يفرض على المحكمين إيداع حكمهم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدارالبيضاء، باعتباره صدر بدائرة نفوذها مع ما يستتبع ذلك من اختصاص رئيسها بتذييله بالصيغة التنفيذية، وليس المحكمة التجارية بأكادير، ملتمسة الحكم بإبطال إجراءات الإيداع التي بموجبها أودع المدعى عليهم (المحكون) الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمةالتجارية بأكادير، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وبعد جواب المدعى عليهم والمطلوب حضورهما في الدعوى شركتي (....) و(....) ، أصدرت المحكمة التجارية حكمها برفض الدعوى، أيد بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن المدعية شركة المصبرات المغربية (....) بوسيلة وحيدة.

في شأن الوسيلة الفريدة

حيث تنعى الطاعنة على القرار فساد ونقصان التعليل وانعدامه وتحريف مضمون وثيقة ترتب عنه عيب في التعليل، بدعوى أنه استند في تأييده الحكم الابتدائي إلى :» أن الحكم التحكيمي صدر بتاريخ 20/9/2010 أي بعد تحرير محضر الجلسة المحتج به المؤرخ في 29/7/2010، وأشار في الصفحة 14 منه صراحة ومن غير تأويل من قبيل ما وقع الاحتجاج به إلى قرار الهيئة التحكيمية المتخذ باتفاق مع دفاع الأطراف، والقاضي على وجه التخصيص بإيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بدل المحكمة التجارية بالدارالبيضاء الواقع بدائرة نفوذها مقر التحكيم المحدد في وثيقة التحكيم « ، وهو تعليل اعتد فقط بما ورد بوقائع الحكم التحكيمي من أن :» الهيئة التحكيمية قررت باتفاق الأطراف قفل المناقشات وإيداع حكمها التحكيمي المنتظر لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير»، مع أن ما نسبه الحكم التحكيمي لمحضر جلسة 29/07/2010 غير صحيح وخاطىء ومخالف لمضمونه، إذ أنه نص فقط على: «أن الاتفاق وقع على قيام الهيئة التحكيمية بالإيداع وفقا للنصوص الجاري بها العمل: « وهو ما يعني أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر الحكم في دائرتها وهي محكمة الدارالبيضاء، وبذلك فقد كان على المحكمة المطعون في قرارها التقيد بما جاء في المحضر المذكور، وليس بما تضمنه الحكم التحكيمي من عرض خاطئ لمضمون ذلك المحضر، وعدم قيامها بما ذكر يجعل قرارها مشوبا بنقض وعيب التعليل، بما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيها لما ثبت لها من الحكم التحكيمي أنه تضمن اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية بجلسة التحكيم المنعقدة بتاريخ 20/09/2010 على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية

بأكادير، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدارالبيضاء التي صدر بدائرتها الحكم، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع، معتمدة في ذلك التعليل الذي أوردته الوسيلة، والذي اعتدت فيه، وعن صواب، بالاتفاق المذكور الذي جاء لاحقا لمحضر 29/07/2010، هذا الاتفاق الذي يعد اتفاقا نهائيا ملزما لكل الأطراف، وهي بنهجها المذكور تكون قد أبرزت بما يكفي الأسس التي اعتمدتها في استبعاد المحضر السالف الذكر، الذي فضلا عن أنه تحدث فقط عن الجهة التي ستقوم بإيداع الحكم التحكيمي وهي الهيئة التحكيمية التي عليها أن تنجز ذلك وفق النصوص الجاري بها العمل، فهو لم يكن من شأنه أن يمنع الأطراف من الاتفاق لاحقا على تعيين محكمة أخرى غير محكمة مقر إجراء التحكيم، طالما أن الأمر يتعلق بنقل مكاني للإختصاص ليس إلا، وذلك ليس فيه أي خرق لمقتضيات الفصل 320 من ظهير 28/09/1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، التي تضمنت قواعد غير آمرة ممكن أن تكملها إرادة الأطراف، وبذلك لم يحرف القرار مضمون أي وثيقة وجاء معللا تعليلا سليما وكافيا والوسيلة على غير أساس.

لهـــذه الأســبــــاب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار عدد 600

الصادر بتاريخ 12 دجنبر 2021

في الملف مدني عدد 380/1/7/2019

عقد صلح- آثاره

إن الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، ويترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين عملا بمقتضيات الفصل 1098 و1105 و1106 من قانون الالتزامات والعقود.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يسفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه أن الطالب (ح.ص) تقدم بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 18/2/2011 عرض فيهما أنه بمقتضى عقد شراء مصادق على توقيعه بتاريخ 8/5/2007 اشترى من المطلوب محمد (أ) بن محمد قطعة أرضية الملك المسمى – ادريسية 45- موضوع الرسم العقاري عدد 88595/07 البالغة مساحتها الإجمالية 8 هكتار و 15 آرا و11 سنتيارا وتتشكل من قطعتين: القطعة الأولى ب 1 مساحتها 6 هكتارات و 3 آرا و 26 سنتيارا، والقطعة الثانية ب 2 مساحتها 2 هكتار و 11 آرا و 85 سنتيارا، والكائنة بطريق صفرو تعاونية ادريسية مدينة فاس، وقبل

أن يتمكن من تسجيل شرائه قام المدعى عليه بتقسيم الملك إلى جزئين: الجزء الأول موضوع الرسم العقاري عدد 88595/07 مساحته 6 هكتارات و3 آرا و 26 سنتيارا، والجزء الثاني موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07 مساحته 2 هكتار و11 آرا و 85 سنتيارا، ولما أراد تسجيل عقد شرائه بالرسم العقاري فوجئ بسحب نظيره من البائع، ملتمسا الحكم على المدعى عليه بتحرير عقد ملحق يتعلق بتصحيح وتتميم عقد البيع المؤرخ في 8/5/2007 فيما يتعلق بالقطعة المفرزة 2 ب البالغة مساحتها 2 هكتار و 11 آار و 85 سنتيارا، وذلك بالإشارة إلى رسمها العقاري عدد 174674/07 وذكر مساحتها المشار إليها بعقد البيع، والحكم عليه بإيداع نظيري الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07 بالمحافظة العقارية حتى يتمكن من تسجيل عقد البيع وملحق عقد البيع الذي سيتم تحريره، والكل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، والحكم على المحافظ على الأملاك العقارية بتسجيل عقد البيع المصادق عليه بين الطرفين بتاريخ 8/5/2007 وما سيلحق به من عقود تتممه وتصححه بالرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07، أجاب المدعى عليه بأن محكمة الاستئناف التجارية بفاس أصدرت القرار رقم 59 بتاريخ 13/01/2011 في الملف رقم 1350/2010 قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد الوعد بالبيع المبرم بين الطرفين بخصوص القطعتين الأولى ذات الرسم العقاري عدد 88595/07 والثانية ذات الرسم العقاري عدد 174674/07، وأنه قام بتنفيذ حكم الفسخ المذكور، وأن العقد المؤسسة عليه الدعوى تم إلغاؤه وعوض بعقد وعد بالبيع مؤرخ في 02/04/2009، ملتمسا الحكم برفض الطلب، وبعد انتهاء الردود والإجراءات أصدرت المحكمة الحكم رقم 231 بتاريخ 411/2013 في الملف رقم 165/1402/2011، قضى في الشكل: بعدم قبول المقال الإضافي وقبول الدعوى في شقها الباقي، وفي الموضوع: الحكم على المدعى عليه بتحرير عقد ملحق يتمم عقد البيع العرفي المؤرخ في 8/05/2007 يتضمن الرسم العقاري

للقطعة 2 ب عدد 174674/07 وذكر مساحتها المشار إليها في عقد البيع، وعليه إيداع نظيري الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07 بالمحافظة العقارية، والكل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، فاستأنفه المدعى عليه وأجرت المحكمة بحثا في الموضوع وبعد جواب المستأنف عليه وانتهاء الردود والإجراءات أصدرت محكمة الإستئناف قرارها رقم 558 المؤرخ في 2/11/2016 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا برفض الطلب، طعن فيه بالنقض فصدر القرار المشار إليه برفض الطلب وهو المطعون فيه بإعادة النظر.

في شأن أسباب إعادة النظر

انعدام التعليل

بخصوص الفرع الاول: حيث ينعى الطاعن على قرار محكمة الاستئناف كونه لم يرد على الدفوع المثارة حول تطبيق مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات بخصوص الالتزام الناشئ بين الطرفين والذي لا يمكن فسخه إلا بإرادتهما الصريحة إذ أن حيثيات القرار المذكور تنص على أن «إرادة الطرفين والذي لا يمكن فسخه الا بإرادتهما الصريحة إن أن حيثيات القرار المذكور تنص على أن « إرادة الطرفين المتجهة - مما لا شك فيه- إلى تنفيذ بنوذ الصلح بإلغاء العقد الأول المصحح الإمضاء بتاريخ 08/05/2007 وتعويضه بعقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/03/2009 و01/04/2009 في حين أن مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع صريحة في عدم جواز إلغاء الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح إلا برضا الطرفين معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون وأنه لما استخلصت محكمة الاستئناف إلغاء عقد البيع من رسالة الموثقة لا من إرادة الطرفين الصريحة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا لا يسد الفراغ القائم بسبب غياب إرادة الطرفين الواضحة والمزدوجة لهما حول فسخ عقد البيع واتجاه إرادتهما

الصريحة إلى تعويضه بعقد آخر وعوض أن تجيب محكمة النقض عن الأسباب المثارة أمامها وفق ما هو مبسوط أعلاه اكتفت بتبني علل القرار الاستئنافي دون أدنى رد على ما تمسك به الطاعن من أن اتجاه محكمة الاستئناف يعد خرقا للفصل 230 من ق ل ع وبالفعل فإنه يلاحظ من تعليل قرار محكمة النقض أنها تناولت الجواب على الوسائل الثانية والرابعة والخامسة والسادسة دفعة واحدة متبينة قرار محكمة الاستئناف بحيثياته المطعون فيها دون الرد على كافة أجزاء الوسيلة المثارة أمامها ومن ذلك الرد على تمسك الطاعن بعدم جواز إلغاء الالتزام إلا برضا طرفيه سيما وأن عقد الصلح لم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى فسخ العقد المؤرخ في 08/05/2007، فكان على محكمة النقض الجواب على الوسائل المثارة بكافة أجزائها وليس تبني حيثيات القرار الاستئنافي المطعون فيه والقول بأن باقي النعي زائد يستقيم القرار بدونه إذ بذلك تكون محكمة النقض قد اكتفت بموقف سلبي حيال ما وقع التمسك به أمامها فلم تجب عنه مما يجعل قرارها منعدم التعليل.

بخصوص الفرع الثاني: وحيث ينعى الطاعن على قرار محكمة الاستئناف خرق الفصل 347 من ق ل ع لما ذهبت الى ان هناك التزاما انقضى في مقابل إنشاء التزام جديد سجل محله إذ أن الفصل 347 الوارد في باب تجديد الالتزام يقوم على ركنين هامين وأساسيين هما : - أن يكون طرفا الالتزام الجديد هما طرفا الالتزام المنقضي 2- أن يتم التعبير صراحة على إجراء التجديد لأن التجديد لا يفترض، وقد اتجهت محكمة الاستئناف في قرارها الى تطبيق الفصل 347 المذكور رغم عدم إشارتها إليه في حيثيات قرارها، غير أن ما عابه الطاعن على القرار الاستئنافي في أن التجديد لا يقع إلا من طرف نفس الاشخاص الذين أنشأوا العقد المنقضي، وأنه بالنسبة لنازلة الحال فإن طرفي عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 ليسا هما بالذات طرفا الوعد بالبيع الموقع أمام الموثقة بتاريخ 20/03/2009 و 01/04/2009 علما بأن طرفي عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 هما أحمد (أ) و (ح.ص)

أما في عقد الوقع بالبيع فهما محمد (أ) وشركة (ز.إ)، وما دامت الذمة المالية للطاعن منفصلة عن الذمة المالية لشركة انفست فإن طرفي عقد الوعد بالبيع ليس لهما حق إلغاء أو تعديل عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 لاختلاف الطرف المشتري، وأنه باختلاف طرفي عقد الوعد بالبيع فإنه تنعدم إمكانية الحديث عن تجديد للعقد، وأن محكمة الاستئناف لما قالت بأن عقد البيع تم تعويضه بالوعد بالبيع رغم اختلاف أطرافهما تكون قد خرقت الفصل 347 من ق ل ع، وفي جوابها عن هذه الوسيلة نقلت محكمة النقض حيثيات القرار الاستئنافي المطعون فيه وجعلت تلك الحيثيات بين قوسين استغرقت 13 سطرا من الصفحة الأخيرة من القرار انطلاقا من السطر الثامن وانتهاء بالسطر العشرين دون أدنى إضافة باستثناء قولها، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت مقتضيات الفصول المشار إليها أعلاه والواجب تطبيقها على النازلة تطبيقا سليما ولم تخرق أي مقتضى قانوني وعللت قرارها بما فيه الكفاية وركزته على أساس قانوني وباقي النعي زائد ويستقيم القرار بدونه « وبذلك فمحكمة النقض لم تجب على كافة أجزاء الوسيلة المثارة أمامها وعلى الأخص منها تلك المتعلقة باستقلال الذمة المالية للسيد (ح.ص) عن الذمة المالية لشركة انفست لما لها من تأثير كبير على الوضعية الحقوقية لكل منهما، وأن محكمة النقض تبنت حيثيات قرار محكمة الاستئناف التي اعتبرت توقيع المستأنف عليه الطاعن للوعد بالبيع باسم شركة (ز.إ) وليس باسمه الخاص لن يغير من إرادة الطرفين المتجهة إلى تنفيذ بنود الصلح بإلغاء العقد الاول وتعويضه بعقد الوعد بالبيع دون ردها على ثبوت صفة (ح.ص) مستقلة عن ذمة الشركة ذات المسؤولية المحدودة ولو كان هو ممثلها القانوني وأن محكمة النقض اكتفت بتبني موقف سلبي إزاء ما وقع التمسك به من نعي على القرار الاستئنافي وعدم ردها بأي تعليل رغم أهميته يكون قد اتسم قرارها بعدم الجواب المعتبر بمثابة انعدام التعليل المبرر لإعادة النظر فيه وأنه يتمسك بكافة الوسائل المثارة في طلب النقض ويلتمس الرجوع في القرار المطعون فيه والحكم من جديد بنقض

القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس في الملف عدد 273/1402/2013 بتاريخ 02/11/2016 وإحالة القضية على نفس المحكمة أو إلى محكمة أخرى للبت فيها طبقا للقانون وبإرجاع وديعتي طلب النقض وطلب إعادة النظر.

لكن، حيث إن محكمة النقض لما عللت قرارها المطعون فيه بإعادة النظر بأنه: «ردا على ما جاء في الوسائل الثانية والرابعة والخامسة مجتمعة لارتباطها، فبمقتضى الفصول 1098 و 1105 و1106 من قانون الالتزامات والعقود فإن الصلح هو عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، ويترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين، وبمقتضى الفصلين 418 و419 من نفس القانون فإن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق والادعات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين، وبمقتضى الفصلين 418 و419 من نفس القانون فإن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وتعتبر حجة قاطعة إلى أن يطعن فيها بالزور، والمحكمة المطعون في قرارها لما ثبت لها من خلال وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها بأن موضوع الدعوى يتعلق بعقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 والمتعلق بالقطعة المفرزة 2 ب موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07، كما ثبت لها من خلال عقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 01/4/2009 أن المطلوب محمد (أ) واعد الطالب (ح.ص) بصفته ممثلا لشركة (ز.إ) ببيعه جميع العقار موضوع النزاع بقطعتين المعبر عنها ب 1 و 2 ب موضوعي الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07، وثبت لها أيضا بأن عقد الوعد بالبيع المذكور شمل القطعة المفرزة 2 ب موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07 وموضوع عقد البيع المؤرخ في 8/5/2007 والذي هو موضوع الدعوى، كما ثبت لها من خلال كتاب الموثقة وفاء

(ج) المؤرخ في 25/5/2016 أن المبالغة المالية موضوع العقد الأول المؤرخ في 8/5/2007 تم تحويلها إلى عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009 لتشمل جزءا من ثمن البيع، وقضت على النحو الوارد في منطوق قرارها بعلة « أن الطرفين أبرما عقد صلح من خلاله تنازل كل منهما على المساطر القضائية التي حركها في مواجهة الآخر وبالمقابل يقوم الطرف المستأنف محمد (أ) ببيعه للمستأنف عليه (ح.ص) جميع العقار موضوع النزاع بقطعتين المعبر عنهما 1 ب و ب 2 موضوع الرسمين العقاريين عدد 88595/07 و عدد 174674/07 وهو ما تم تنفيذه بمقتضى عقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009، وأن الثابت من كتاب الموثقة وفاء (ج) المؤرخ في 25/5/2016 أن المبالغ المالية موضوع العقد الأول المؤرخ في 8/5/2007 تم تحويلها الى عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009 لتشمل جزءا من ثمن البيع، وبالتالي فإن توقيع المستأنف عليه لذلك العقد باسم شركة (ز.إ) وليس باسمه الشخصي لن يغير من ارادة الطرفين المتجهة إلى تنفيذ بنود الصلح بإلغاء العقد الأول المصحح الإمضاء بتاريخ 8/5/2007 وتعويضه بعقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009، وأن عقد الصلح المبرم بين الطرفين والذي لم يكن محل أي طعن يكون منتجا لآثاره القانونية بين الطرفين وبه يكون العقد المبرم بين الطرفين والمصحح الإمضاء بتاريخ 8/5/2007 قد انقضى بمجرد الصلح بشأنه وتم تعويضه بآخر وهو العقد التوثيقي المشار إليه أعلاه « ولذلك تكون محكمة النقض وخلافا لما تم التمسك به من طرف الطاعن ضمن أسباب إعادة النظر قد أجابت عن كافة الوسائل المثارة ضمن مقال النقض ويبقى ما أثير مجرد مجادلة في تعليلات القرار المطعون فيه وهي ترقى إلى الأسباب المبررة لإعادة النظر والرجوع فيه مما يتعين معه التصريح برفضه.

لـهـذه الأسـبـاب

قضت محكمة النقض بغرفتين مجتمعتين برفض طلب إعادة النظر وتغريم الطالب مبلغ خمسة آلاف درهم، وتحميله المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض وكانت الهيئة متركبة من السيدة لطيفة أيدي رئيسة القسم السابع رئيسة للجلسة والسيدة خديجة الباين رئيسة القسم التجاري الثاني والمستشارين السادة: السعدية فنون مقررة، سعيد رياض، امحمد لفطح، نجية بوجنان، محمد الكراوي، حسن سرار، السعيد شوكيب، محمد (ط) الوزاني أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة كاتب الضبط السيد المصطفى العامري.

قرار رقم: 609

أصل القرار المحفوظ بكتابة الضبط

بمحكمة الاستئناف التجارية بفاس

باسم جلالة الملـك وطبقا للقــانون

بناء على المقال الطعن والقرار التحكيمي المطعون فيه ومستنتجات الطرفين ومجوع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بالجلسة بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 327 وما يليه من قانون المسطرة المدنية.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث تقدم السيد .... بواسطة نائبه بمقتضى مقال مؤدى عنه الرسم القضائي بتاريخ 02/08/2008 يطعن بموجبه في القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 17/07/2018 عن الهيئة التحكيمية المكونة من السادة امحمد برادة غزويل وبوشعيب غمدان وأان الله بوشقور القاضي بقبول الطلبين الأصلي والمضاد شكلا، وفي الموضوع:

- فيما يخص الطلب الأصلي: بفسخ عقد التسيير الحر المصادق عليه

بتاريخ 05/4/2017 و إرجاع المحل المكتري لصاحبه ..... ورفض باقي الطلبات.

- في الطلب المضاد: الحكم على المكري ...... بأدائه لفائدة المكتري السيد ..... قيمة الاصلاحات في مبلغ سعين ألف درهم هكذا (70000) درهم وإرجاعه للمكتري التجهيزات والادوات التي وضعها بالمقهى حسب الوثائق المتبثة لها والجرد الوارد بتقرير الخبرة، والحكم كذلك على المدعي بأدائه لفائدة المكتري تعويضا إجماليا عن فوات الربح تحدده هيئة التحكيم في مبلغ ثلاثة مائة ألف درهم هكذا (300000) درهم وإرجاعه للمكتري مبلغ اثنان وثلاثون ألف درهم والتي تشكل التسبيق الذي أداه المكتري للمكري مع تحميل كل طرف نصف الصائر.

الوقائع

حيث تفيد وقائع النازلة كما انبنى عليها القرار التحكيمي المطعون أن السيد .... سبق له أن تعاقد بصفته المالك للاصل التجاري المقهى «.....» مع السيد .... على عقد التسيير الحر للمقهى المذكورة أعلاه، الكائنة بشارع ...... العكاري القبيبات الرباط، لمدة خمس سنوات بسومة كرائية قدرها 8000 درهما خلال الستة أشهر الأولى من توقيع العقد، على أن ترتفع بعد ذلك إلى 10000 درهما بالإضافة إلى مبلغ 24000 درهم كتسبيق عند التوقيع حسب البند 4 من العقدة الكرائية، وأن المكري مكن المكتري من مفاتيح المقهى خلال شهر فبراير قبل التوقيع الفعلي على العقدة الكرائية، غير أنه بعد التوقيع على العقدة الكرائية امتنع المكتري من أداء المستحقات الشهرية وترتبت في ذمته حسب التفصيل التالي:

- من شهر ابريل 2017 إلى شهر يونيو 2017 بمبلغ شهري 8000 درهم في 3 أشهر= 24000 درهم.

- من شهر غشت 2017 إلى شهر شتنبر2017 بمبلغ شهري 8000 درهم في شهرين= 16000 درهم.

- من شهر أكتوبر2017 إلى شهر يوليو بمعدل كراء شهري 10000 درهم في 11 شهرا = 11000درهم.

- مبلغ 24000 درهما كتسبيق عند التوقيع.

- مبلغ 200 درهما كل أسبوع كتعويض عن التماطل 60 أسبوعا=60 في 200= 12000 درهما أي ما مجموعه 186000 درهم.

وبالرجوع الى البند الرابع من العقدة الكرائية نجده ينص في فقرته 6 على أنه في حالة عدم أداء الواجبات الكرائية لمدة ثلاثة أشهر أو يزيد فإن العقدة الكرائية تفسخ بقوة القانون وان المسير الحر للاصل التجاري يتعين عليه أداء الواجبات الكرائية المتخلفة في ذمته كما أنه يفقد أية إضافات قام بها داخل الاصل التجاري. مضيفا ان ماجاء في البند الرابع يزكيه البند 10 من العقدة الكرائية. ملتمسا الحكم على مسير الاصل التجاري لمقهى «..... السيد .... بأدائه لفائدة المكري السيد .... مبلغ 186000 درهما الذي يمثل الواجبات الكرائية الغير المؤداة طيلة 16 شهرا وتعوض عن التماطل مع فسخ العقدة الكرائية المتعلقة بتسيير الأصل التجاري وإفراغه هو أو من يقوم مقامه أو بإذنه من المقهى المذكورة تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1000 درهما عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع تعويض عن الضرر طوال مدة الإغلاق يحدده في مبلغ 500000 درهم مع شمول المقرر التحكيمي بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

أجاب دفاع المدعى عليه المكتري لعقد التسيير الحر بمذكرة جوابية مع مقال مضاد بأن موكله تعاقد مع المدعي بشأن كراء أصل تجاري للمقهى المسماة «.....» لمدة خمس سنوات، وأنه بعد التوقيع على العقد والمصادقة عليه لدى السلطات المحلية، أقدم على إدخال مجموعة من الاصلاحات على العين المكتراة وتم تزويدها بمجموعة من التجهيزات والمعدات قاربت مبلغ 239411 درهما، وعند مباشرته للإجراءات الإدارية لبداية استغلال المحل، فوجئ لدى مديرية الضرائب أن المحل مثقل بضرائب، وأن وضعيته القانونية والضريبية غير محينة ولم يتم تسويتها بعد، خاصة أن شركة أخرى تحمل اسم c.....ما زالت مسجلة على نفس الصل التجاري، وأنه زيادة على الإصلاحات والتجهيز فقد فوت عليه المدعى عليه أرباحا كان من المحتمل أن يجنيها طيلة فترة الكراء، وأن الفصل الثاني من عقد التسيير الحر المتعلق بمدة العقد أبرم لمدة خمس سنوات ابتداء من تسجيل المدعى عليه كمسير حر بالسجل التجاري والذي يمنحه حق حرية استغلال الأصل التجاري. وأن المدعى عليه اصطدم - بعدما أنفق الكثير في تجهيز المحل التجاري- بعدم التزام المدعي بشروط العقد وأهمها عدم تسليم رخصة استغلال المقهى وعدم إيداع القوائم التركيبية المالية لعدة سنوات بالسجل التجاري لعدم أداء الضرائب فضلا عن قيامه بوضع شركة أخرى ..... وإحداثها على نفس الأصل التجاري للتهرب من تنفيذ العقد وإلغائه بمحاولة محو الشخصية القانونية للشركة المتعاقدة معه المسماة «......» بسوء نية كنوع من التدليس والإحتيال مما شكل شرطا مانعا من تقييد عقد التسيير الحر بالسجل التجاري وكذا فتح المحل واستغلاله والاستفادة من الأصل التجاري وبالتالي ضياع فرصة استثماره واستثمار الأموال الطائلة التي أنفقها في سبيل تجهيزه وهي التجهيزات الباهضة الثمن التي سمح المكري له للقيام بها بموجب الفصل التاسع من العقد على أساس استرداد قيمتها في الفواتير عند توقف النشاط، مؤكدا أن الفصل السادس من العقد كان واضحا في ترتيب مسؤولية المدعي كضامن عن التشويش

وكل الأعمال التي تمس أو تعيق أو تعرقل الانتفاع واستغلال الأصل التجاري وعلى رأسها الحجوزات وغيرها السابقة عن التعاقد، وأن الفصل 12 من العقد ينص على أن المكتري ملزم بأداء الضرائب حتى لا يترتب عنه إعاقة استغلال المكتري للأصل التجاري تحت طائلة التعويضات عن الضرر، كما أن الفصل 7 من العقد ينص على أن حرمان المكري للمكتري من استغلال الأصل التجاري أثناء إبرام العقد بأي تصرف مخالف للقانون يترتب عنه تعويض المكتري بأربع مرات قيمة مصاريف تهيئة الأصل التجاري. وحول المقال الافتتاحي الذي تقدم به المدعي أجاب بأنه بشأن ادعاء واجبات الكراء فإنها لا تستحق إلا باستغلال الأصل التجاري حسب الفصل الثاني المتعلق بمدة العقد والنص صراحة على أن العقد ابرم لمدة خمس سنوات ينطلق سريان مدتها ابتداء من تسجيل المكتري كمسير حر بالسجل التجاري والذي يمنحه حق حرية استغلال الأصل التجاري. وأن عدم سريان العقد كان نتيجة عدم قيام المدعي المكري بتمكين المكتري من رخصة استغلال المحل المعد كأصل تجاري لافتتاحه، وكذا عدم المبادرة لرفع كل الحجوزات والرهون على الأصل التجاري وتسديد الضرائب وشطب اسمه من السجل التجاري أو تغيير تقييده الشخصي بالتنصيص صراحة على وضع الأصل في التسيير الحر وذلك لتمكين المكتري من تسجيل عقد التسيير الحر في السجل التجاري تنفيذا للمادة 153 من مدونة التجارة، وان عدم التزام المدعي بشروط العقد حرمه من استغلال الأصل التجاري، ومن ثم لم يبدأ سريان العقد مما يكون معه مطالبة المدعي أداء واجبات الكراء عن عقد لم يبدأ تنفيذه بتعنته وعدم احترامه لالتزاماته غير ذي أساس قانوني أو عقدي مما يتعين معه رفض الطلب وحول طلب فسخ العقد والإفراغ، فإنه يجب أن يوسس على خرق المكتري لالتزاماته، وهذا ما لم يقم به هذا الأخير، بل إن الذي قام بذلك هو المكري مما يتعين معه رفض الطلب لعدم إثبات أي خطإ أو خرق من المكتري.

وحول المقال المضاد فإنه رعيا للمؤيدات القانونية والعقدية السابقة، وبعد معاينة محكمة التحكيم لعقد التسيير الحر الذي تنص فصوله ولا سيما 6، 7 و 12 أن المكري ملزم بتمكين المكتري من الأصل التجاري وهو مطهر من كل التحملات الضريبية أو غيرها أو جميع التشويش المعرقل لحق الإنتفاع كقيام الخصم بإحداث شركة أخرى على نفس السجل التجاري بشكل حرم المكتري من استغلال الأصل التجاري وبتسجيل عقده في السجل التجاري، وتبعا لخرق المكري لالتزاماته وعدم الاستجابة للإنذارات الموجهة في الموضوع، وتمسكا منه بالعقد والتزاما منه بتنفيذه بحسن نية وفق قواعد العدالة تبعا للفصول 230 و231 من قانون الالتزامات والعقود يطلب إلزام المكري بتنفيذ العقد وفقا لبنوده وتبعا لذلك يلتمس المكتري أساسا:

-1 طلب إتمام تنفيذ عقد التسيير الحر بإلزام المكري في الدعوى التحكيمية بتمكين المكتري من رخصة استغلال الأصل التجاري وتسديد الضرائب ورفع كل التشويش على الأصل التجاري لتمكين المكتري من تسجيل عقد التسيير الحر في السجل التجاري وفقا للفصلين 2 و 6 و 7 و 12 من عقد التسيير الحر.

-2 طلب تعويض المكتري عن عدم استغلال الأصل التجاري من المدة الممتدة من تاريخ توقيع العقد في 04/05/2017 الى تاريخ الحكم بحساب 1200 درهما يوميا.

-3 طلب التعويض عن الضرر المادي وفوات الكسب والمعنوي في مبلغ 5000000 درهما.

-4 طلب أداء الشرط الجزافي كتعويض عن الضرر المحدد في الفصل

7 من عقد التسيير الحر ومقداره أربع مرات قيمة مصاريف التجهيزات والمعدات في مبلغ 957644 درهما.

-5 طلب إرجاع صوائر الدفاع في مبلغ 40000 درهما ومصاريف المفوضين القضائيين في مبلغ 500 درهما والخبرة القضائية الاستشارية في مبلغ 10000 درهما والهيئة التحكيمية في مبلغ 8000 درهما مع صوائر الدعوى التحكيمية.

-6 واحتياطيا:

-1 فسخ العقد

-2 طلب إرجاع مبالغ التجهيزات والمعدات في مبلغ 239411 درهما حسب تقرير الخبرة الاستشارية المرفقة بالملف،

-3 طلب أداء الشرط الجزافي كتعويض عن الضرر المحدد في الفصل 7 من عقد التسيير الحر، ومقداره أربع مات قيمة مصاريف التجهيزات والمعدات في مبلغ 957644 درهما.

-4 طلب تعويض المكتري عن عدم استغلال الأصل التجاري من المدة الممتدة من تاريخ توقيع العقد في 04/01/2017 الى تاريخ الحكم بحساب 1250 درهما يوميا.

-5 طلب التعويض عن الضرر المادي وفوات الكسب والضرر المعنوي في مبلغ 500000 درهم.

-6 طلب إرجاع تسبيق واجبات الكراء أربعة أشهر بحساب 3200

درهم والتي أديت عند التوقيع والشهر الرابع أدى بعد مفاوضات فاشلة حول تسوية مطل المكري.

7- طلب إرجاع صوائر الدفاع في مبلغ 40000 درهم ومصاريف المفوضين القضائيين في مبلغ 5000 درهما والخبرة القضائية الاستشارية في مبلغ 10000 درهم والهيئة التحكيمية في مبلغ 8000 درهما مع صوائر الدعوى التحكيمية.

وبعد استنفاذ الاجراءات المسطرية للتحكيم أصدرت الهيئة التحكيمية الحكم التحكيمي موضوع الطعن الحالي من طرف السيد ...... الذي استند في ذلك على الأسباب التالية:

- خرق الفصل 327-23 ق.م.م الناص في فقرته 2 على أنه « ....يجب أن يكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذل» غير أن المقرر التحكيمي المطعون فيه جاء غير معللا تعليلا سليما واكتفى بسرد الأحداث والوقائع التي مرت بها المسطرة التحكيمية فقط مما يعرضه للبطلان.

- خرق الفصل 327-24 من ق.م.م لخلو مقرر التحكيم المطعون فيه جاء من ذكر صفات وجنسيات وعناوين المحكمين ومكان اصدار المقرر التحكيمي، كما لم يقم بتحديد مبلغ الأتعاب ولا الاشارة الى تنازل المحكم ..... عن أتعابه حسب الاشهاد المرفق صحبته، بل أكثر من ذلك يلاحظ أن المقرر التحكيمي لم ينص على أنه صدر باسم جلالة الملك مما يشكل إخلالا بالنظام العام. الشيء الذي يعرض المقرر التحكيمي الى البطلان.

- خرق 327-11 ق.م.م الذي ينص على أنه «تقوم الهيئة بجميع اجراءات

التحقيق بالاستماع الى الشهود او بتعيين خبراء او اي اجراء بخر...»غير أنه بالاطلاع على المقرر التحكيمي ووثائقه سوف يلاحظ أن السيد ...... أحد أطراف الدعوى أدلى لهيئة التحكيم بخبرة من صنع يده بالاضافة الى فاتوارات اعتمدت عليها الهيئة التحكيمية في حكمها، في الوقت الذي التمس فيها السيد ......الحكم بإجراء خبرة قصد تقويم الخسائر التي ادعى السيد ...... أنه تكبدها سواء في فوات الكسب أو ما قام به من اصلاحات وتجهيزات، مما تكون هيئة التحكيم قد خرقت حقوق الدفاع وبث دون التقيد بالمهمة المسندة اليها حسب وثيقة التحكم وفصلت في أمور لم يتحدث عنها عقد الكراء...

- خرق الفصل 14.327 ق.م.م وذلك بعدم قيام الهيئة التحكيمية بتسليم أي طرف من أطراف النزاع لاي محضر على ما تم تداوله خلال جلساتها وما تم التطرق داخلها من مناقشات.

- ملتمسا لكل ما سبق الحكم ببطلان المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 17/07/2018 وتحميل الصائر لمن يجب قانونا. فأجاب المطلوب في الطعن بواسطة دفاعه بمقتضى مذكرة أثار من خلالها الدفع بعدم قبول الطعن شكلا لعدم قيام الطاعن ببيان طبيعته القانونية، بإبراز خطأ المدعي استنادا لعدم احترام شروط العقد وتحديد التعويض وأساس إرجاع مبلغ التسبيق استنادا للعقد ونسبة للاضرار جميعها لفعل الدعي المكري ولكونه غير محق بالمطالبة بها بأي تعويض، كما أن المقرر التحكيمي تضمن البيانات الالزامية لصحته من أسماء المحكمين وتاريخ الحكم، علما كذلك أن هذا المقرر لا يصدر باسم جلالة الملك وفقا للقانون وللاجتهاد القضائي

لمحكمة النقض، لأنه قضاء خاص ولا علاقة له بالسلطة القضائية. موضحا أن دعوى البطلان دعوى استثنائية تواجه حالات خاصة من النظام العام وليس جميع نصوص التحكيم المعتبرة قواعد مكملة، من قبيل مقتضيات الفصلين 327-11 و327-14 من قانون المسطرة المدنية التي لا تدخل ضمن دعوى البطلان وبالتالي فإن النعي بخرقها بصرف النظر عن عدم جديته غير مؤسس وماله الرد. ملتمسا لكل ما سبق الحكم بعدم قبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفض الطلب وتحميل الطالب الصائر وبالأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بصفة نهائية.

وبعد أن عقب الطرف الطالب مؤكدا ما سبق، أدرجت القضية بجلسة 05/03/2019 وخلالها ألفي بالملف مستنتجات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون، فقررت المحكمة اعتبارها جاهزة وحجزتها للمداولة قصد النطق بالقرار جلسة 19/03/2019.

التعليـــــل

حيث بصرف النظر عن مناقشة الدفوع المثارة من قبل الطاعن في هذه النازلة وما إذا كانت تصلح أساسا للمطالبة بإبطال الحكم التحكيم موضوع الطعن، فقد وجب القول أنه لئن كان مشرع الفصل 327-36 من ق.م.م قد سمح لطرفي الحكم التحكيمي بأن يطعنا فيه بالبطلان، فإن سماع هذا الطعن شأنه في ذلك شأن أي مطالبة قضائيـــة – يبقى رهينا باستجماع شروط شكلية لا يستقيم بدونها، وفي مقدمتها شرط المصلحة المتمثل في الفائدة المادية أو المعنوية التي يروم تحقيقها من طعنه هذا، والتي لا يمكن أن تتحقق بمجرد المطالبة بإبطال الحكم التحكيمي المطعون فيه، بل لابد للطاعن أن

يحدد الطلبات التي يتوخى الحكم له بها في مواجهة خصمه المطلوب في الطعن، خاصة أن الفصل -327 37 أعطى للمحكمة صلاحية البت في جوهر النزاع بعد إبطال الحكم التمهيدي، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود طلبات محددة، بخلاف ما عليه الأمر في هذه النازلة حيث تبين لهذه المحكمة، وهي الملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف عملا بالفصل 3 من ق.م.م، أن الطرف الطاعن اكتفى في مقال طعنه بملتمس «إبطال المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 17/07/2018» دون أن يطلب الحكم له في مواجهة المطلوب في الطعن بأي شيء أو أمر، ليبقى بذلك شرط المصلحة غير قائم في الطعن الحالي بالمعنى القانوني المقصود في الفصل 1 من ق.م.م، مما يجعله مختلا شكلا ويتعين التصريح بعدم قبوله، مع إبقاء صائره على عاتق رافعه، هذا ولما كان الأمر كذلك فإن الأمر بتنفيذ الحكم التحكيم يصبح أمرا لازما بصريح الفصل -327 38 من ق.م.م.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الإستئناف التجارية بفاس تقرر:

وهي تبت انتهائيا، علنيا وحضوريا.

في الشكل: عدم قبول الطلب وإبقاء الصائر على عاتق رافعه، كما تأمر الطرفين بتنفيذ الحكم التحكيمي موضوع الدعوى.

شروط النشر في مجلة الوكالة القضائية للمملكة

- مجلة الوكالة القضائية للمملكة مجلة محكمة نصف سنوية،

- تختص بنشر الأبحاث في العلوم القانونية والمنازعات القضائية وخاصة المرتبطة بأشخاص القانون العام،

- تقرر المجلة صلاحية البحث للنشر فيها استنادا إلى رأي محكمين متخصصين،

- تخضع كافة الأبحاث التي تنشر للتحكيم،

- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر،

- لا تلتزم المجلة برد أصول البحوث أو المواد التي ترد عليها، سواء نشرت، أو لم تنشر،

- ما يطرح في المجلة من آراء يعد تعبيرا عن وجهة نظر المؤلف، ولا تعتبر المجلة مسؤولة عنها،

- يشترط في الأبحاث التي تنشر بالمجلة، أن لايكون قد سبق نشرها،

- يلتزم صاحب المادة أو البحث المعروض للنشر بعدم إرسال بحثه إلى أية جهة أخرى بغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه للنشر، أو لا، ويسري هذا الشرط لمدة ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ استلام هيئة تحرير المجلة للمادة العلمية،

- يجوز للمجلة أن تنشر موجزا للرسائل العلمية التي تناقش بالجامعات المغربية والأجنبية، أو المؤلفات العلمية التي تصدرها

هذه الجامعات أو مراكز البحث الأخرى،

- يجوز أن يتقدم عدة باحثين ببحث مشترك واحد،

- تنشر الأبحاث في المجلة باللغات العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية،

- يتعين ألا يتجاوز حجم البحث 35 صفحة، الفرق بين الأسطر 1.15، ويرفق بالبحث ملخص باللغة الإنجليزية أو الفرنسية في حدود صفحة واحدة إن كان مكتوبا باللغة العربية، إن كان مكتوبا باللغة الإنجليزية أو الفرنسية فيرفق بملخص باللغة العربية،

- إذا كان البحث باللغة العربية يستخدم الخط «Simplified Arabic حجم 16 بالنسبة لمتن البحث وفيما يخص الهوامش فتكون Simplified Arabic الحجم 10،

- إذا كان البحث باللغة الفرنسية أو الإنجليزية يستخدم الخط Times New Roman حجم 14 بالنسبة لمتن البحث وفيما يخص الهوامش فيكون الخط Times New Roman الحجم 10،

- يعتمد الباحث نظام «شيكاغو» في التهميش ويشار إلى المراجع أسفل كل صفحة.

· Annexes documentaires ·

Transcription arabe | Traduction française

المملكة المغربية

وزارة الاقتصاد والمالية

الوكالة القضائية للمملكة

+ Xʌε +

مجلة

الوكالة القضائية للمملكة

عدد خاص بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات

(الصلح - الوساطة - التحكيم)

صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله

عدد خاص

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

كلمة السيدة نادية فتاح

وزيرة الاقتصاد والمالية

مما لا شك فيه أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أضحت تحتل مكانة بارزة في الأنظمة القانونية والاقتصادية، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، بفضل الدور الهام الذي تؤديه هذه الوسائل في تخفيف العبء على مرفق القضاء، ولما تتميز به من سرعة البت والحفاظ على السرية، وما تمكنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم بأقل تكلفة، وهو ما دفع جل التشريعات المقارنة إلى الاهتمام بها وتنظيم مقتضياتها وتأطير إجراءاتها.

والمشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة أدخل مجموعة من التعديلات على نصوصه القانونية، بغرض تشجيع اللجوء إلى هذه الآليات من أجل تحقيق الغايات المرجوة، وفي هذا الصدد صدر بتاريخ 13 يونيو 2022، قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية (١)، كما أن العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية واكبت الاهتمام المتزايد بهذه الوسائل، ونذكر على سبيل المثال مقتضيات المادة 43 من القانون المنظم لمهنة المحاماة التي أكدت على ضرورة حث المحامي موكله على فض النزاع، عن طريق الصلح، أو

(1) ج رعدد 7009 بتاريخ 13 يونيو 2022، ص: 3579.

بواسطة الطرق البديلة الأخرى، قبل اللجوء إلى القضاء، ولا يفوتنا التذكير أيضا بالمادة 38 من القانون الاطار رقم -22 03 بمثابة ميثاق للاستثمارات التى نصت على إمكانية تضمين اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أن أي خلاف يتعلق بالاستثمار ، قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي ستتم تسويته طبقا للتشريع الجاري به العمل أو للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية في مجال التحكيم الدولي، فضلا عن المقتضيات المضمنة في الفصول من 277 إلى 279 من قانون المسطرة المدنية التي تحث القاضي على محاولة إجراء صلح بين أطراف في القضايا الاجتماعية.

ونظرا لأهمية الصلح في فض النزاعات بصفة عامة ، فإن المشرع المغربي أبى إلا أن يولي أهمية خاصة لهذه الآلية، في ميدان فض المنازعات الأسرية لا سيما تلك التي تهدد كيان الأسرة وتماسكها، كقضايا الطلاق والتطليق، حيث أخضعت مدونة الأسرة هذه المنازعات للصلح كإجراء إلزامي قبل اللجوء إلى سلوك المسطرة القضائية ، استنادا إلى مقتضياتها وإلى قواعد الفقه الإسلامي وخاصة منه المذهب المالكي، بل إن هذه الآلية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والنصوص القرآنية الكريمة الداعية إلى سلوكها ونهجها، ونستشهد في هذا المضمار بالآيتين الكريمتين:

﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا﴾ صدق الله العظيم، (سورة النساء، الآية 128).

وقوله عز وجل:

﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾ صدق الله العظيم، (سورة النساء الآية 35).

ولا غرو أن تشجيع اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، باعتبارها عدالة

اتفاقية، يجد أساسه في محاولة تفادي بعض الإكراهات التي تكتنف مسطرة القضاء الرسمي في الدولة، كطول المساطر وتعدد درجات التقاضي وعلنية الجلسات، وارتفاع تكاليف المصاريف القضائية، لذلك، فإن التشجيع على اللجوء إلى هذه الوسائل لا يقتصر فقط على المعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة، وإنما يمكن اللجوء إليها في مختلف أنواع المعاملات، سواء المدنية أو الأسرية أو الاجتماعية أو العقارية أو حتى المعاملات البنكية، وأيضا في المنازعات الضريبية والجمركية.

غير أنه وعلى الرغم من أهمية الوسائل البديلة في فض المنازعات المتعلقة بمختلف الميادين والمجالات الاقتصادية والاجتماعية المشار إليها، فإن أهمية هذه الوسائل تبرز جلية وواضحة وتحقق غايات وأهداف كبرى في مجال منازعات الاستثمار، إن على المستوى الوطني أو الدولي، وهو ما دفع جل الدول والمنظمات والهيئات المتخصصة في المجال إلى الاهتمام بها وتخصيص حيزا هاما في مجال تشريعاتها ولوائحها المنظمة لها الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى هذه الوسائل.

ولذلك فإن أهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات لا تقتصر، فقط، على المنازعات الداخلية، بل تعتبر من الآليات ذات الفعالية في فض المنازعات الدولية، وقد لعبت الدولة المغربية ولازالت، دورا أساسيا في مجال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات على المستوى الدولي، وما انتخاب المملكة المغربية، بتاريخ 15 مارس 2022، كبلد عضو في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «اليونسترال» إلى غاية سنة 2028، إلا خير دليل على ذلك، بالإضافة إلى مصادقة المجلس الوزاري تحت رئاسة صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، بتاريخ 28 يونيو 2021، على انضمام المملكة المغربية لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة.

والواقع أن صاحب الجلالة ما فتئ يصدر تعليماته السامية الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى هذه الوسائل التي أضحت تحتل مكانة بارزة في عدد من خطبه السامية، والداعية إلى تعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج. ومن

أجل تطوير منظومة المال والأعمال، وتنشيط الدورة الاقتصادية، وفي هذا الصدد دعا جلالته في خطابه الموجه للأمة، بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشرة بتاريخ 14 أكتوبر 2022، إلى تعزيز ثقة المستثمرين في بلادنا من خلال تشجيع أليات التحكيم والوساطة، حيث جاء في خطابه السامي ما يلي:

«ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج، ندعو لتعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات في هذا المجال». انتهى النطق الملكي السامي.

أما على المستوى القاري، فإن مصادقة المملكة المغربية، بتاريخ 18 أبريل 2022، على الاتفاقية المتعلقة بإحداث منطقة التبادل الحر القارية الإفريقية (ZLECAF)، يدل على الانضمام الفعلي للمملكة المغربية لهذه السوق التجارية الافريقية، وهي الاتفاقية التي تضم جزء خاصا بتسوية المنازعات التي من بينها التحكيم والوساطة.

وتجد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، خاصة التحكيم، أهميتها في اعتبارها الوسيلة الأمثل لتسوية المنازعات، خصوصا المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وذلك بالنظر إلى المكانة التي أضحت تحتلها المملكة المغربية كوجهة ذات جاذبية لاستقطاب وتشجيع الاستثمار، المحلي والأجنبي، بالنظر إلى موقعها الجغرافي ووفرة الموارد البشرية المؤهلة، بالإضافة إلى جودة وتنافسية بنياتها التحتية واللوجيستيكية

وتحسن مرتبة المغرب على مستوى مؤشر مناخ الأعمال، المعزز بقرار مجموعة العمل المالي) (GAFI القاضي بإخراج المملكة المغربية من مسلسل المتابعة المعززة، أو ما يعرف بـ «اللائحة الرمادية»، وذلك خلال أشغال الاجتماع العام لمجموعة العمل المالي المنعقد في باريس بفرنسا، من 20 إلى 24 فبراير 2023، وهو ما قد ينعكس إيجابا على تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في بلادنا.

ولكون الإقبال على الوسائل البديلة واللجوء إليها يتخذ منحنى تصاعديا يوما بعد يوم، مما ساهم في تزايد الملفات والقضايا التي تتطلب معالجتها عن طريق هذه الوسائل،

فقد كان من اللازم مواكبة هذا التطور من طرف وزارة الاقتصاد والمالية التي أحدثت على مستوى الوكالة القضائية للمملكة قسما يعنى بتدبير ومعالجة منازعات التحكيم الوطني والدولي وهو قسم «القضايا التجارية ومنازعات التحكيم «، إضافة إلى توسيع مهام واختصاصات مصلحة الوساطة والتوفيق التي تلعب دورا هاما في تدبير الملفات المعروضة ، سواء من طرف المواطنين أو من طرف الإدارات والمؤسسات العمومية، من أجل إيجاد الحلول الودية للمنازعات المثارة.

وفي ذات السياق، ونظرا لأهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أصدر السيد رئيس الحكومة منشورا بتاريخ 19 مايو 2021 حث فيه الإدارات والمؤسسات العمومية على عرض النزاعات المحتملة أو الناشئة بين فيما بينها على الوكيل القضائي للمملكة للقيام بمهمة الوساطة والتوفيق قصد البحث عن حلول منصفة ومتوازنة لموضوع الخلاف، مع رفع الأمر إلى رئيس الحكومة في حال استمرار الخلاف قصد التحكيم في الأمر.

وانطلاقا مما سبق يتبين الدور الهام الذي تشكله الوسائل البديلة لتسوية النزاعات في شتى المجالات، كما أنها تعتبر آلية فعالة لتشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، والمساهمة في تخفيف العبء على مرفق القضاء، وتجاوز تعقيدات المساطر

القضائية، والتقليص من تكاليف المصاريف القضائية، كل هذه العوامل دفعت الوكالة القضائية للمملكة إلى تخصيص العدد السادس من مجلتها لهذا الموضوع، بعدما لقيت الأعداد السابقة تجاوبا واستحسانا كبيرين، سواء لدى المهتمين بالمجال القانوني والقضائي، أو لدى شركاء هذه المؤسسة.

وسيكون هذا العدد من «مجلة الوكالة القضائية للمملكة» المخصص «للوسائل البديلة لتسوية المنازعات (الصلح -الوساطة - التحكيم)» لا محالة فرصة لمعالجة الإشكالات المرتبطة بهذه الآليات في شتى المجالات، ومناسبة لإثراء النقاش العلمي الرصين حول موضوع يحظى بأهمية كبيرة على مختلف المستويات، آملين أن يجد القارئ الكريم ضالته في هذا العدد الذي يتضمن مقالات علمية ساهم في إنجازها ثلة من خيرة أطر الوكالة القضائية للمملكة وباحثين وممارسين يشهد لهم بالكفاءة العالية في

المجال القانوني والقضائي، والباع الطويل في مجال البحث العلمي.

والسلام

10

عدد خاص

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

عنوان المراسلة :

زنقة أبو مروان السعدي، الحي الإداري أكدال

الرباط المملكة المغربية

الهاتف :

00212.5.37.68.93.09

الفاكس :

00212.5.37.68.96.43

البريد الالكتروني :

ajr@ajr.finances.gov.ma

الإيداع القانوني :

2018PE0039

ردمد :

- 7107 2605

مجلة

الوكالة القضائية للمملكة

الفهرس

1. تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة

للاستثمار أمام CIRDI والاشكالات المطروحة

من إعداد:
الأستاذ محمد قصري

لقد استحدث نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول لتمكين المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من رفع الدعوى التحكيمية مباشرة ضد الدولة ذات السيادة المضيفة للاستثمار.

ويضم نظام الاستثمار الدولي أكثر من 3000 معاهدة استثمار دولية، وتعتبر هذه المعاهدات وسيلة لتعزيز الثقة في استقرار الاستثمار وتوفير حماية جوهرية لفائدة المستثمرين الأجانب واستثماراتهم في شكل التزامات واجبة النفاذ على الدول، إذ تتعهد الدول في هذه المعاهدات بالتقيد ببعض معايير حماية الاستثمارات، كالمعاملة العادلة والمنصفة والحماية الكاملة والأمن التام، والحماية من نزع الملكية ومصادرة الأموال وعدم التمييز في معاملات الاستثمار.

لقد دعا صاحب الجلالة نصره الله في خطابه الثامن الموجه إلى البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية الحادية عشر إلى وضع ميثاق جديد ومحفز للاستثمار في أسرع وقت ويروم هذا المشروع تقليص الفوارق في أقاليم المملكة في مجال جدب الاستثمار وتعزيز جاذبية المملكة من أجل جعلها قطبا قاريا ودوليا للاستثمارات الأجنبية، وقد أكد صاحب الجلالة بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشر بتاريخ 14 أكتوبر 2022 ما يلي:

«ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا كوجهة للاستثمار المنتج تدعوا لتعزيز قواعد المنافسة التشريعية وتفعيل آليات التحكيم والوساطة لحل النزاعات في هذا المجال.»

وتعتبر معاهدات الاستثمار الدولية وسيلة لتعزيز الثقة في استقرار الاستثمار لما توفره من ضمانات جوهرية لفائدة المستثمرين الأجانب، ومنازعات التحكيم في ضوء واقع التحكيم أمام المراكز الدولية للتحكيم تثير مجموعة من التساؤلات، منها ما هو واقع التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات بواشنطن بين المستثمرين الأجانب والدول CIRDI على ضوء الممارسة، وما هو نطاق التحكيم وموضوعه، وهل استطاع أن

يضمن الموازنة بين حقوق المستثمر والمصلحة العامة للدول المضيفة للاستثمار؟ وما هي الشواغل والنواقص التي تعترض نظام التحكيم الاستثماري؟ وما هي الآليات التي يمكن بموجبها تجاوز هاته المخاطر؟

ذلك ما سنحاول معالجته من خلال الأبحاث الموالية ..

المبحث الأول:

نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار وموضوعه

يتضح من خلال الاطلاع على القضايا المتعلقة بمنازعات الاستثمار أن جلها يتم عرضه أمام هيئات التحكيم، مما يجعل التحكيم الآلية الأكثر شيوعا واستعمالا في هذا المجال. والولوج إلى هذه العدالة يتطلب، بداية، التمييز بين المطالبات المبنية على عقود الاستثمار وتلك المبنية على اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار (المطلب الأول) ثم البحث عن نطاق التحكيم في منازعا الاستثمار (المطلب الثاني) وفي الأخير التطرق إلى ماهية الحقوق التي تكون موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

التمييز بين المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية والآثار المترتبة عنه

غالبا ما يلجأ المستثمر الأجنبي إلى هيئات التحكيم من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة باستثماره نتيجة التصرفات الصادرة عن الدولة المستقبلة للاستثمار، لكن من الملاحظ أنه يقع الخلط بين المطالبات المبنية على اتفاقيات الاستثمار وتلك المبنية على عقود الاستثمار، والتمييز بينها يكمن في مجموعة من النقاط وهي على الشكل التالي :

الفقرة الأولى:

مصدر الحق المطالب به

يعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بين المطالبة المبنية على اتفاقية الاستثمار وتلك المبنية على أساس العقد، فأساس المطالبة الأولى هي الحقوق المحددة في اتفاقية الاستثمار في حين أن أساس المطالبة الثانية يتمثل في الحقوق المحددة في

العقد.

ويعتبر مصدر الحق المطالب به أساس التمييز بالنسبة للمطالبة الأولى دون أن يكون هناك تداخل ممكن مع المطالبة الثانية، فالحقوق المحددة في الاتفاقية لا يمكن أن تتمدد إلى العقد.

الفقرة الثانية:

موضوع الحق المطالب به

يختلق موضوع المطالبات الاتفاقية عن المطالبات العقدية، فموضوع المطالبات الأولى تعتبر ذات طبيعة عامة ومحددة في القانون الدولي وهي تلك الحقوق الواردة في اتفاقيات الاستثمار، كالحق في المعاملة الوطنية والحق في المعاملة الأكثر أفضلية و الحق في المعاملة العادلة والمنصفة والحق في عدم مصادرة أو نزع ملكية الاستثمار، في حين أن موضوع المطالبات العقدية يشمل العمليات الاستثمارية المنصوص عليها في العقد ومحددة بمقتضى القانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار(!).

(1) للمزيد حول العقود التي تبرمها الدولة على المستوى الدولي، المرجو الاطلاع على «فكرة العقد الإداري عبر الحدود»،

محمد عبد العزيز علي بكر، الطبعة الأولى 2000، القاهرة، دار النهضة العربية.

ويمكن أن يتداخل موضوع المطالبات الاتفاقية مع المطالبات العقدية، فمثلا المستثمر الذي يستفيد من الحق في التعويض نتيجة مصادرة استثماره بناء على اتفاقية الاستثمار يمكن أن يستفيد كذلك من ذات الحق في العقد المبرم مع الدولة المستضيفة للاستثمار، فعندما مصادرة الاستثمار يمكن للمستثمر المطالبة بالتعويض بناء على خرق الاتفاقية وفي ذات الوقت يمكنه تقديم نفس المطالبة لخرق حقوقه المنصوص عليها في العقد.

ويمكن للدولتين الطرفين في الاتفاقية الثنائية للاستثمار الاتفاق على احترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد المبرم مع المستثمر المنتمي للبلد الآخر، وهو يطلق عليه بشرط المظلة (Umbrelle clause)، ومن ثمة يمكن اعتبار الحقوق المنصوص عليها في العقد المبرم بين المستثمر والبلد المستضيف للاستثمار بمثابة حقوق اتفاقية.

الفقرة الثالثة:

أطراف المطالبة

إن طرفي المطالبة المبنية على خرق الحقوق الاتفاقية هما البلد المستضيف للاستثمار والمستثمر الذي ينتمي إلى البلد الطرف الآخر في الاتفاقية الدولية للاستثمار.

والدولة الطرف هي الدولة نفسها وليست الولاية الفدرالية أو الجهوية أو أية جهة أو شركة الدولة، ويتعين في هذا الخصوص التمييز بين الاختصاص الشخصي ratione personae الوارد في الاتفاقية الثنائية للاستثمار والاختصاص العام الوارد في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI التي نصت على التحكيم في منازعات الاستثمار بين المستثمر وكل مؤسسة أو جهة مكونة للدولة الطرف في الاتفاقية (١). كما ينطبق الأمر حتى في حالة عدم وجود أي ارتباط مباشر بين المستثمر والدولة،

(1) L'article 25 du Convention de Washington dispose que :

Etat un entre juridique d'ordre différends aux s'étend Centre du compétence La «1- contractant (ou telle collectivité

d'un ressortissant le et Centre) au désigne qu'il lui de dépendant organisme tel ou publique autre Etat contractant qui

à écrit par consenti ont parties les que et investissement un avec directe relation en sont soumettre au Centre. Lorsque

les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ...

Etat d'un dépendant organisme d'un ou publique collectivité d'une consentement Le 3- contractant ne peut être donné

approbation cette que Centre au indique celui-ci si sauf Etat, ledit par approbation qu'après n'est pas nécessaire ... ».

إذ يمكنه متابعة هذه الأخيرة، مثلا، بسبب سوء المعاملة التي تعرض لها استثماره من قبل مؤسسة تابعة للدولة، وفي جميع الأحوال، عندما يتقدم المستثمر الأجنبي بدعوى مبنية على خرق اتفاقية الاستثمار، من قبل سلطة حكومية غير الدولة (كالجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو شركات الدولة) فإنه يتعين عليه تبرير أن الدولة مسؤولة عن هذا

التصرف طبقا للقانون الدولي، وبالتالي فإن مبدأ مسؤولية الدولة، أو الإجراءات المتخذة من قبل أجهزتها الداخلية، التي يمكن نسبتها إلى الدولة وفقا للقانون الدولي العام، غالبا ما تكون عنصرا أساسيا في تحديد المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية.

وقد كانت مبادئ مسؤولية الدولة محل جدل ونقاش أمام لجنة القانون الدولي (CDI)، وفي هذا الشأن فإن قضية Maffezini تعتبر مثالا للسؤال المطروح حول ما إذا كانت الدعاوى المقدمة في مواجهة وكالة جهوية تابعة للدولة يمكن أن تنسب إلى الدولة (١).

وفي المقابل فإن أطراف المطالبة المبنية على خرق بنود العقد هم أطراف العقد نفسه، وبالتالي فإذا أبرم مستثمر أجنبي عقد مع الدولة المستضيفة فإن الأطراف في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية هم نفسهم عندما يتعلق الأمر بالمطالبة المبنية على خرق العقد.

ومجمل القول، أن الدولة المستضيفة للاستثمار تكون، دائما، طرفا في المطالبة المبنية على خرق الاتفاقية، في حين لا تكون في المنازعة المبنية على خرق العقد إلا في حالة ما إذا كانت هي الطرف الموقع على العقد مع المستثمر.

الفقرة الرابعة:

القانون الواجب التطبيق

يعد القانون الواجب التطبيق من بين المعايير التي تميز المطالبات الاتفاقية عن

(1) قضية السيد Maffezini Agustin Emilio ضد الدولة الاسبانية قضية CIRDI تحت عدد 97/7/ARB، حكم تحكيمي في الاختصاص بتاريخ 25 يناير 2000 وحكم تحكيمي في الموضوع بتاريخ 13 نونبر 2000.

المطالبات العقدية، فالقانون الواجب التطبيق في المطالبات الأولى هي المقتضيات المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار ذاتها، كالقانون الوطني للبلد المستقبل للاستثمار أو المبادئ العامة للقانون الدولي (١)، في حين أن القانون الواجب التطبيق في المطالبات الثانية هو القانون الوطني للبلد المستضيف للاستثمار أو القانون الذي تحدده الأطراف المتعاقدة.

وبالتالي فإن هذا التمييز يهم على الخصوص دور القانون الدولي، فالمطالبات الاتفاقية

سيتم مناقشتها من قبل محاكم التحكيم أخذا بعين الاعتبار الاجتهادين الفقهي والقضائي خاصة في ميدان القانون الدولي العام، في حين أن المطالبات العقدية يمكن مناقشتها وفقا لتشريع البلد المستضيف للاستثمار ولاسيما القوانين المنظمة للعقود الإدارية.

الفقرة الخامسة:

أساس مسؤولية الدولة المستضيفة للاستثمار

يترتب عن تقديم دعوى بناء على خرق الدولة لبنود اتفاقية الاستثمار قيام مسؤوليتها في القانون الدولي، في حين أن تقديم دعوى في مواجهة الدولة بناء على خرق العقد يثير مسؤوليتها العقدية وفقا للقانون الوطني.

ويمكن أن تتداخل طبيعة مسؤولية الدولة سواء عند خرق بنود اتفاقية الاستثمار أو عند خرق شروط العقد، فمسؤولية الدولة عند خرق بنود العقد وفقا للقانون الوطني يمكن أن تثير في نفس الوقت المسؤولية الدولية للدولة عندما تكون مقرونة باستنفاد جميع طرق الطعن الداخلية وبإنكار العدالة.

ويعتبر بعض الفقه المقارن أن خرق الدولة لبنود «عقد الدولة» يمكن أن يرتب، في بعض الحالات، المسؤولية الدولية المباشرة للدولة (٤).

(1) انظر في هذا الخصوص المادة 5 من الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين اسبانيا والأرجنتين والمادة 8 من الاتفاقية

الثنائية للاستثمار بين فرنسا والأرجنتين.

وفيما يتعلق بما إذا كان للمستثمر الحق في الاختيار بين المطالبات الاتفاقية أو المطالبات العقدية أو إمكانية اللجوء إليهما في ذات الوقت، فإننا نرى أنه يمكن اللجوء إلى هاتين المطالبتين في نفس الوقت، بناء على الشروط المحددة في المقتضيات المنظمة لتسوية المنازعات فيها، فكل من اتفاقية الاستثمار والعقد يعتبران مصدرين مستقلين و منفصلين للحقوق والمستثمر يمكنه استعمال كليهما، وهو ما أكده الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية في قضية Vivendi ضد دولة الأرجنتين (١).

المطلب الثاني:

نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار

إن الولوج إلى التحكيم كآلية لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي يتطلب تحديد

نطاقه الشخصي (الفقرة الأولى) والموضوعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

النطاق الشخصي في التحكيم في منازعات الاستثمار

تتميز المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي بطبيعة طرفيه، فنجد من جهة البلد

المستضيف للاستثمار (أولا) ومن جهة ثانية المستثمر الأجنبي (ثانيا)، وبالتالي فهما

يعتبران الطرفان الرئيسيان في التحكيم في منازعات الاستثمار.

أولا:

الدولة

تعتبر الدولة أحد أطراف المنازعة التحكيمية المرتبطة بالاستثمار، فهي تتحمل، في

(1) قضية شركة Vivendi ضد دولة الأرجنتين، ARB، 97/3/CIRDI الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة الحرة المكلفة

بدعوى البطلان بتاريخ 3 يوليوز 2002، إذ جاء في الفقرتين 95 و 96 ما يلي:

en traité du violation la et contrat de rupture la entre relation la concerne qui ce «95.En l'espèce, il convient

d'un rupture la à directement pas rapportent se ne TBI du 5 et 3 articles les que souligner de contrat muni-

rompre sans traité un violer peut État Un indépendante. norme une plutôt établissent Ils cipal. un contrat,

et vice versa ....

des sont contrat du violation eu a y s'il et TBI du violation eu a y s'il savoir de question la ... 96 questions

loi propre sa à référence par déterminée sera réclamations ces de Chacune différentes. propre ou applicable

le par concession, de contrat du cas le dans international; droit le par TBI du cas le dans - droit propre du

contrat ... »

القانون الدولي، تبعات التصرفات الصادرة عن موظفيها ومؤسساتها و مسؤولة عن كل الأشخاص التي لهم علاقة وظيفية بهياكلها (١).

وإذا كانت الدولة مسؤولة، دوليا، عن جميع التصرفات الصادرة عن موظفيها فهي كذلك مسؤولة عن التصرفات الصادرة عن مؤسساتها (Emanations de l'Etat)، على الرغم من تتمتع هاته الأخيرة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي عن الدولة، مما يجعلها في وضعية هجينة بين الدولة والمقاولات الخاصة.

إن توجيه الدعاوى ضد الدولة بناء على خرق اتفاقية الاستثمار تمكن المستثمر من إثارة الضمانات الممنوحة له والمحددة في اتفاقية الاستثمار، هذا بالإضافة إلى أن التنفيذ في مواجهة الدولة المستقبلة للاستثمار يمنح ضمانات أكثر من التنفيذ في مواجهة مؤسسة الدولة، التي تتمتع بمدة حياة أقل من الدولة.

وقد نصت مجموعة من الاتفاقيات الدولية على إسناد المسؤولية الدولية للدولة في حالة ترتيب أضرار للمستثمر الأجنبي نتيجة تصرفات صادرة عن مؤسسات الدولة، إذ أن القاعدة العرفية التقليدية الواردة في المادة 4 من مشروع المواد حول مسؤولية الدولة نتيجة عمل غير مشروع دوليا، وهو قانون تبنته لجنة القانون الدولي (CDI) سنة 2001، نصت على أن التصرف الصادر عن أحد أجهزة الدولة يعتبر كأنه تصرف صادر عن هاته الدولة، في القانون الدولي، سواء كان هذا الجهاز ينتمي إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية أو غيرها، وسواء كانت وظيفته ذات طابع دولي أو داخلي و سواء كانت مكانة هذا الجهاز في أعلى هرم الدولة أو في أسفله (3).

(1) B. Stern :
« Répertoire de droit international, responsabilité internationale », décembre 1998.

(2) جاء في المادة 4 من مشروع المواد حول مسؤولية الدولة نتيجة عمل غير مشروع دوليا ما يلي:

le d'après l'Etat de fait un comme considéré est l'Etat de organe tout de comportement Le «1. droit inter-

quelle autres, ou judiciaire exécutive, législative, fonctions des exerce organe cet que national, que soit la

tant en nature sa soit que quelle et l'Etat, de l'organisation dans occupe qu'il position qu'organe du gouver-

nement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.

de interne droit le d'après statut ce a qui entité ou personne toute comprend organe Un 2. l'Etat».

في حين نصت المادة 5 من ذات المشروع على أن التصرفات الصادرة عن وحدة أو شخص، لا ينتمي لأجهزة الدولة والمخول له بمقتضى قانون هذه الدولة بمباشرة الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة، على الرغم من أنه يتصرف باسمه الخاص، تعتبر هذه التصرفات، في القانون الدولي، وكأنها صادرة عن الدولة (١).

كما أن اتفاقية التبادل الحر بين دول شمال أمريكا (ALENA) عرفت في المادة 1505 مقاولة الدولة كوحدة ممسوكة أو خاضعة لرقابة الدولة (3).

ويستمد أساس تحميل الدولة المسؤولية عن تصرفات مقاولاتها من العقود التي تبرمها هذه الأخيرة، ما دام أن هذه العقود تخضع لمصادقة الوزير أو أي سلطة عامة في الدولة (3)، غير أن هذا التوقيع لا يترتب عنه، بالضرورة، تحميل الدولة المسؤولية، إذ أنه في بعض الحالات يعتبر توقيع الوزير بمثابة تصرف خاص باعتباره عضو في مجلس الإدارة لهذه المقاولة وليس باعتباره تصرفا صادرا عن وزير في الدولة.

و يمكن للدولة أن تكون مساهمة في الشركة أو مسيرة لها، غير أنه ولكي تتحمل الدولة تبعات التصرفات الصادرة عن هذه الشركات، فإنه يشترط أكثر من مجرد المساهمة في الشركة بل يجب أن تمارس هذه الدولة رقابة تدبيرية التي تتجاوز حدود الرقابة التي تخولها

(1) جاء في المادة 5 من ذات المشروع ما يلي:

de titre au l'Etat de organe un pas n'est qui entité ou personne d'une comportement «Le l'article 4, mais

publique, puissance de prérogatives des exercer à Etat cet de droit le par habilitée est qui pour autant que,

de fait un comme considéré est qualité, cette en agisse entité ou personne cette l'espèce, en l'Etat d'après

le droit international ».

(2) L'article 15050 du ALENA dispose que :

« Aux fins du paragraphe 1503(3), «entreprise d'État»:

la sur Loi la de sens au d'État société d'une s'entend Canada, le concerne qui ce pour a) gestion des finances

entité ou d'État société d'une ou comparable, provinciale loi toute de ou (Canada) publiques équivalente

qui est constituée en vertu d'autres lois provinciales applicables;

de Nacional Compañía la de pas s'entend ne Mexique, le concerne qui ce pour b) Subsistencias Populares

ses de ni existantes, filiales ses de et base) de denrées des nationale (Compagnie successeurs éventuels et de

leurs filiales, pour les ventes de maïs, de haricots et de lait en poudre ».

(3) Albert Badia :

« Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration », International Arbitration

Law Library, Volume 29, Kluwer Law International 2014, p. 9.

لها مساهمتها في الشركة (١).

وفي هذا السياق، اعتمدت هيئات التحكيم على معيار الرقابة عوض الملكية، ويعتبر النزاع بين شركة Wena والدولة المصرية من بين أول القضايا المعروضة أمام CIRDI التي تم التمييز فيها بين الرقابة والملكية، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن الدولة المصرية مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بشركة Wena على الرغم من العقد يجمع هذه الأخيرة بالشركة التابعة للدولة EHC، وذلك لكون الشركة الأخيرة مملوكة للدولة المصرية بنسبة 100% وأنها خاضعة للقوانين المصرية المتعلقة بالمرافق العام وأن الصلاحيات الممنوحة لوزير السياحة المصري في هذه الشركة، مثل تعيين و عزل مدرائها و رئيسها، تتجاوز الصلاحيات الممنوحة للمساهم العادي (3).

أما في قضية Jan de Nul ضد الحكومة المصرية، وبعد أن تقدمت الشركة المدعية

بدعوى أمام CIRDI على أساس أن شركة SCA، التي تعتبر وكالة تابعة للدولة المصرية، أخلت ببنود العقد الرابط بينهما من أجل توسيع قناة السويس، وأن التصرفات الصادرة عن شركة SCA تتحملها الدولة تطبيقا لمقتضيات المادة 5 من مشروع CDI.

وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فإنه يتعين التأكد من مسألتين اثنتين، الأولى تتعلق بالتأكد ما إذا كانت الشركة مخول لها ممارسة الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة وفقا للقانون المصري، والمسألة الثانية هل تم استعمال هذه السلطة أو السلطات أثناء مسطرة طلب العروض وكذلك أثناء تنفيذ العقد.

وقد تبين لهيئة التحكيم بخصوص النقطة الأولى أن شركة SCA تعتبر السلطة المخول لها من قبل الحكومة المصرية تدبير قناة السويس، وذلك من خلال إصدار مراسيم المتعلقة

(1) Op. cité p. 164.

(2) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 29 يونيو 1999 في قضية الشركة البريطانية Wena ضد الحكومة المصرية موضوع الملف عدد ARB/98/4.

بالملاحة في هذه القناة وفرض واستخلاص الواجبات المتعلقة بالملاحة والمرور في القناة، وكل هذه التصرفات تعد ذات طبيعة نظامية، في حين اعتبرت هيئة التحكيم بخصوص النقطة الثانية أن التصرفات التي تضررت منها الشركة المدعية تعتبر تصرفات ذات طبيعة تجارية وليس ذات طبيعة نظامية، ما دام أن شركة SCA تصرفت مثلها مثل أي مقاول يهدف إلى البحث عن أفضل الأثمان ولم تتصرف كسلطة عامة (١).

أما في قضية شركة Deutche Bank ضد سيريلانكا فقد تمت معاودة مناقشة النقطة المتعلقة بالرقابة، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن هذه الدولة هي المسؤولة عن التصرفات الصادرة عن الشركة التابعة لها CPC، مرتكزة في ذلك أن الشركة الأخيرة مملوكة للدولة بنسبة %100 وأنها أنشأت بمقتضى القانون من أجل مباشرة السياسة البترولية لسيريلانكا، بالإضافة إلى أن مسيري الشركة يتم تعيينهم وعزلهم من قبل وزير البترول وأن الدولة تمارس «رقابة مهمة» على مستخدمي هذه الشركة و على ماليتها و كذلك على القرارات التي تتخذها (3).

يتضح مما سبق أن مجرد المساهمة في الشركة غير كافية لتحميل الدولة مسؤولة التصرفات الصادرة عن هذه الشركة، وحتى وإن كانت هذه المساهمة تمنح للدولة رقابة على الشركة طالما أن هذه الرقابة تعتبر بسيطة ومخففة، بل إن هيئات التحكيم تستوجب رقابة عالية وفعالة.

أما بالنسبة لشركات الدولة التي تتدخل في ميدان لا يمكن لأي شركة في القطاع الخاص التدخل فيه، فإنها تقوم بذلك تحت السلطة الحكومية أو بمقتضى الامتيازات الحكومية، وفي هذه الحالة يطلق على شركات الدولة «alter ego»، التي تتنوع تصرفاتها بحسب ما

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 24 أكتوبر 2008 في قضية Nul de Jan ضد الحكومة المصرية موضوع

الملف عدد ARB/04/13.

(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 31 أكتوبر 2012 في قضية شركة Bank Deutche ضد سيريلانكا موضوع

الملف عدد ARB/09/02.

إذا اتخذت في إطار التصرفات النظامية أو السيادية Acta jure imperii التي تتطلب اتخاذ تدابير ذات طبيعة زجرية كرقابة المرور أو الخدمات المرتبطة بالهجرة أو المرتبطة بالمجال الجمركي، أو في إطار التصرفات المتخذة بشكل خاص كالتفاوض حول الاستثمارات ، فالتصرفات في هذه الحالة لا تشكل عنصرا للسلطة النظامية، وهي التصرفات المعروفة Acta jure gestionis.

و من أجل تحديد حدود مسؤولية الدولة عن التصرفات الصادرة عن هذه الشركات، يتعين معرفة موقف هيات التحكيم من هذه التصرفات، ففي قضية السيد Maffezini ضد الدولة الاسبانية، التي تعد من بين القضايا التي تم البت فيها في ظل CIRDI قبل صدور مشروع المواد المنظمة لمسؤولية الدولة CDI، إذ تم الفصل في مسؤولية الدولة بناء على تطبيق «للاختبار المزدوج» (Double test)، الوظيفي و الهيكلي، وفي هذ القضية فإن هيئة التحكيم يتعين عليها تحديد ما إذا كانت الشركة (SODIGA) مملوكة للدولة الاسبانية وهل تتصرف باعتبارها شركة أو باعتبارها دولة، فبالنسبة للاختبار الهيكلي

ارتكزت الهيئة التحكيمية على معرفة ما إذا كانت الشركة المذكورة تتوفر على شخصية قانونية مستقلة وما هي القوانين الوطنية التي تخضع لها هذه الشركة ما هي مكانة الشركة في هذه الدولة وهل تتوفر على الطابع الخاص أم العام، أما بالنسبة للاختبار الوظيفي فقد ارتكزت هيئة التحكيم على عناصر أخرى التي يرتكز عليها القانون الدولي كالرقابة الممارسة على الشركة من قبل الدولة أو المؤسسات الحكومية والأهداف والوظائف التي أسست أنشأت من أجلها هذه الشركة.

وفي هذا الخصوص اعتبرت هيئة التحكيم أنه نظرا لكون أن شركات الدولة يمكنها أن تتخذ مجموعة من الأشكال القانونية، فإن المعيار الهيكلي لا يمكنه اعتباره دائما كمحدد لاعتبار شركة ما كجهاز للدولة وما إذا كانت التصرفات الصادرة عنها تتحملها

الدولة، لذلك يتعين الأخذ كذلك بالمعيار الهيكلي الذي يبحث في الوظائف والدور الممنوح لهذه الشركة، وقد تبين لهيئة التحكيم أن الشركة المذكورة تعتبر جهاز يهدف إلى تنفيذ وتشجيع السياسات الصناعية الحكومية كما تبين لها أن الشركة تمارس وظائف حكومية التي تعتبر، عادة، ممنوعة على كل الشركات التجارية الخاصة، غير أن التساؤل الحقيقي الذي يتعين الإجابة عليه يتعلق بما إذا كانت التصرفات الخاصة التي على أساسها تطالب الجهة المدعية بمسؤولية الدولة تعتبر تصرفات نظامية، فإذا كانت كذلك يتعين تحميل الدولة تبعات هذه الدولة، وهو أقرته في الأخير هيئة التحكيم لما اعتبرت أن التصرفات الصادرة عن (SODIGA) تعتبر تصرفات حكومية، طبقا للقوانين الاسبانية(١).

أما في قضية الشركة الإيطالية ضد الدولة المغربية، فإن الشركة تقدمت بطلب تحكيمي في مواجهة تلتمس فيه أداء مجموعة من المبالغ المالية المترتبة عن العقد المبرم بينها و بين الشركة الوطنية للطرق السيارة (ADM)، التي تعتبر شركة ذات المسؤولية المحدودة التي كانت مملوكة بنسبة 89% من قبل الدولة، وعلى الرغم من أن جميع أعضاء المجلس الإداري لهذه الشركة تم تعيينهم أثناء الجمع العام وفقا للنظام الأساسي لهذه الشركة فقد تبين لهيئة التحكيم أن البعض منهم يشغلون مناصب حكومية، على سبيل

المثال رئيس شركة ADM الذي هو وزير التجهيز، ومن ثمة قضت هيئة التحكيم بأن هذه الشركة تعتبر شركة تخضع لرقابة الدولة و من هي من يقوم بتدبيرها بواسطة وزير التجهيز و مختلق المؤسسات الحكومية، وبالإضافة إلى التشكيل الهيكلي، فإن هيئة التحكيم أخذت بعين الاعتبار المهام الرسمية للشركة تتمثل في بناء وصيانة واستغلال الطرق السيارة، لتقضي، وفقا للمعيار الموضوعي، بأن هذه الشركة تقوم بإنجاز المهام التي تعتبر

(1) الحكم الصادر في الاختصاص في ظل CIRDI بتاريخ 25 يناير 2000 في قضية السيد Agustin Emilio Maffezini ضد

الدولة الاسبانية موضوع الملف عدد ARB/97/7.

تحت رقابة الدولة وأنها تتصرف باسم الدولة المغربية (١)، وهو ما أكدته كذلك هيئة التحكيم في النزاع المتعلقة بمجموعات RFCC ضد الدولة المغربية (3)، إذ اعتبرت هذه الهيئة أن شركة ADM أنها شركة هيئة الحكم الخاصة المشكلة للنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2003 في قضية شركة «ساليني» ضد «الشركة الوطنية للطرق السيارة» (3) (ADM).

يتبين مما سبق، أن الممارسة التحكيمية اعتمدت على المعيار الوظيفي وأن المعيار الوظيفي يتمثل في اختبار عناصر السلطة الحكومية المحددة في المادة 5 من مشروع المواد ل CDI حول مسؤولية الدولة، فالمعيارين يجتمعان، والبحث عن الوظائف أو السلطة الحكومية يجب أن تتعلق فقط بالتصرفات غير المشروعة التي أساسها يتم البحث عن مسؤولية الدولة.

تعتبر الدولة مسؤولة دوليا عن التصرفات الصادرة عن شركاتها، حتى و لم تكن هناك علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الوطني (٤)، فمجال مسؤولية الدولة لا يقتصر فقط على العقود أو المخالفات المرتكبة بعد العقد بل يشمل كذلك التصرفات قبل العقدية les actions precontractuelles، فقد أبان الواقع أن الدولة تشارك في المفاوضات المتعلقة بالاستثمار، من خلال تشجعيها الاستثمار الأجنبي،

لكنها نادرا ما تقوم بالتوقيع على عقود الاستثمار، فإبرام هذه العقود وتنفيذها غالبا ما يتم تفويضه لشركات الدولة، وفي بعض الحالات الأخرى تقوم الدول، قبل إبرام العقد،

بتقديم عروض للمستثمرين أو منح وعود لهم، أما في حالات أخرى فإنها تضمن أو

تصادق وتأكد على الحقوق المكتسبة لمقاولات الدولة.

(1) الحكم في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 16 يوليوز ،2001 في قضية شركة ساليني ضد الدولة المغربية

موضوع الملف عدد ARB/00/4.

(2) الحكم في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 16 يوليوز ،2001 في قضية مجموعة RFCC ضد الدولة المغربية

في الملف عدد ARB/00/6.

(3) -

(4) B. C. Sanz Pastor et D. J.A. Cairns :

<< Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration (Cre-

of Chamber International International; Law, Kluwer >>, Lew and Pastor Sanz mades Commerce (ICC) 2005, p.17.

وفي هذا السياق، فقد قضت الهيئة التحكيمية في قضية شركة Tradex Hellas ضد ألبانيا، باختصاصها للنظر في النزاع، على الرغم من أن الدولة الألبانية اقتصر دورها فقط على المشاركة في المفاوضات مع الشركة المدعية من أجل تطوير المشاريع الهندسية والصناعية والفلاحية، في حين أن توقيع العقود كان بين الشركة المدعية والشركة T.B التي حددتها الدولة لهذا الغرض (١)، وفي ذات الاطار نجد الحكم التحكيمي Torovista الصادر في قضية شركة LESI Dipenta ضد الجزائر، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أن الجزائر مسؤولة عن التصرفات الصادرة عن «الوكالة الوطنية للسدود)» (ANB)، التي تعتبر مقاولة عمومية تتمتع بالاستقلال القانوني، ما دام أن الدولة الجزائرية شاركت، بطريقة غير مباشرة، في المفاوضات المتعلقة بعقد الامتياز المبرم بين المقاولة العمومية والشركة المدعية (3).

أما في حالة عدم مشاركة الدولة في المفاوضات حول الاتفاقات المبرمة من قبل الشركات التابعة لها، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فإن هيئات التحكيم اعتبرت الدولة غير مسؤولة(3).

يتضح من خلال الأحكام التحكيمية السابقة أن المشاركة، القبلية أو البعدية، للدولة

عند أبرام عقود الاستثمار من قبل الهيئات التابعة لها، يترتب عنها مسؤولية الدولية عن

جميع اللاحقة بالمستثمر الأجنبي نتيجة عدم احترام هذه الهيئات لالتزاماتها العقدية،

فهذه المسؤولية تستنتج من ملاحق العقود أو التصريحات أو التوقيعات التي يقوم بها

الوزراء أو كبار موظفين الدولة، بغض النظر عن العقود والاتفاقات المبرمة بين مقاولات

الدولة بدلا من مرافق الدولة، فالعديد من مقاولات الدولة تتضمن وزراء ضمن جدول

أجرائها والذي يحتلون مناصب في هذه المقاولات تسمح لهم بالتسيير وتعيين أعضاء

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 29 أبريل 1999 في قضية شركة Tradex Hellas ضد

ألبانيا موضوع الملف عدد ARB/94/2.

(2) الحكم التحكيمي الصادر في ظل CIRDI بتاريخ 10 يناير 2005 في قضية شركة Dipenta LESI ضد الجزائر، في الملف

عدد ARB/03/8.

(3) الحكم التحكيمي الصادر وفقا لقواعد اليونسترال بتاريخ 30 نونبر 2011 في قضية شركة Industries White Australia

ضد الهند.

مجلس الإدارة و المصادقة على القرارات الاستراتيجية للمقاولة.

فاحتلال الوزير، عند ممارسته لمهامه، مكانتين، الأولى باعتباره وزيرا في الحكومة والثانية

باعتباره عضوا في مجلس إدارة إحدى شركات الدولة، يثير مجموعة من الشكوك لدى

المستثمرين الأجانب، فورود عبارات في عقد الاستثمار ك «مصادقة» أو «ضمان» من

قبل الوزير بجانب توقيعه تفيد مسؤولية الدولة، في حين أن عبارات أخرى ك «الاعتراف»

أو «التأكيد» تثير بعض الغموض، وفي هذا الاطار نستحضر المادة 11 من مشروع المواد

المتعلقة بمسؤولية الدولة CDI التي نصت على الدولة تكون مسؤولة عن التصرفات وإن

غير صادرة عنها، ما دام أن الدولة اعترفت (reconnait) وتبنت (adopte) هذه التصرفات

وتعتبر هذه الأخيرة وكأنها صادرة عنها (١).

في حين أن المادة 11 تتحدث عن المسائل الواقعية بدل من التصريحات والتوقيعات،

وفي هذا السياق يتعين التمييز بين الاعتراف والتبني عن مجرد الدعم أو المصادقة،

ونستأنس في هذا الاطار بالحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية، في قضية تتعلق

بمستخدمين دبلوماسيين، التي اعتبرت عبارات «المصادقة» (approuve) و الإقرار

(Approbation) (3 كافية لإثارة مسؤولية الدولة).

ثانيا:

المستثمر

يعتبر المستثمر أحد أطراف المنازعة التحكيمية المبنية عل اتفاقية الاستثمار، ويمكن

أن يكون المستثمر إما شخصا طبيعيا (أولا) أو شخصا معنويا (ثانيا)، وغالبا ما تتضمن

اتفاقيات الاستثمار قواعد تنظم الجنسية التي تختلف بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص

(1) l'article 11 du CDI dispose que :

est précédents articles les selon l'Etat à attribuable pas n'est qui comportement Un « néanmoins considéré

Etat cet où, mesure la dans et si, international droit le d'après Etat cet de fait un comme reconnaît et adopte

ledit comportement comme sien ».

(2) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, p. 3.

المعنوية، وتعتبر المادة 25 من اتفاقية واشنطن أحد المصادر المؤسسة لهذه القاعدة.

أولا:

المستثمر، شخص طبيعي

لكي يستفيد المستثمر من الحماية التي تمنحها اتفاقيات الاستثمار يجب أن يكون

أجنبيا عن البلد المستقبل للاستثمار وأن يحمل جنسية البلد الآخر الطرف في اتفاقية

الاستثمار.

وعند إثارة نزاع حول جنسية المستثمر، فإن هيئات التحكيم، المعروض أمامها النزاع

هي المختصة لتحديد ما إذا كان الشخص يعتبر من رعايا بلد ما، وتعتمد في ذلك على

القانون المنظم للجنسية في البلد الذي يدعي المستثمر حمل جنسيته (١).

وتثير المسألة المتعلقة بحمل المستثمر للجنسية المزدوجة، جنسية البلد المستقبل للاستثمار بالإضافة إلى جنسية البلد الذي يطلب حمايته، إشكالية خاصة وأن الدولة المطالب في التحكيم ستكون في مواجهة أحد مواطنيها، ففي التحكيم في إطار CIRDI، فإن المادة 25/2/أ من اتفاقية واشنطن (3) أقصت المستثمر حامل الجنسية المزدوجة من تحكيم هذا المركز.

و لتفادي هذا الاقصاء، فإنه غالبا ما يرتكز المستثمر الحامل للجنسية المزدوجة، على معيار «الجنسية الفعلية»، وفقا للتعريف الغالب للجنسية في القانون الدولي، ووفقا لما جاء في الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية Nottebohm، الذي اعتبر أن الجنسية هي ذلك الرابط القانوني المؤسس على ارتباطه بتصرف اجتماعي، و هو

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 7 يوليوز ،2004 في قضية السيد حسين نيومان السوفراغي ضد الامارات

العربية المتحدة تحت عدد ARB/02/7.

(2) Article 25 (2) (a) de la convention du Washington stipule que :

«2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie:

l'Etat que autre contractant Etat d'un nationalité la possède qui physique personne Toute a. partie au dif-

ou conciliation la à différend le soumettre à consenti ont parties les laquelle à date la à férend à l'arbitrage

(3) alinéa 28, l'Article à conformément enregistrée été a requête la laquelle à date la qu'à ainsi ou à l'Article

possède dates, ces de l'autre à ou l'une à qui, personne toute de l'exclusion à (3), alinéa 36, également la

nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

الرابط الحقيقي بين الوجود والمصالح و المشاعر بالإضافة إلى الحقوق والالتزامات

المتبادلة (١)، غير أن هيئات التحكيم ترفض فكرة («الجنسية الفعلية»، وتعتبر أن المستثمر حامل للجنسية المزدوجة لا يمكنه الاستفادة من حماية اتفاقية الاستثمار(3).

وإذا كانت اتفاقية واشنطن لم تمنح صفة المستثمر للشخص الذي يحمل جنسيتي الدولتين الطرفين في اتفاقية الاستثمار واقصته نهائيا من تحكيم CIRDI، فإن هذا لا يعني أنه لا يمكنه مقاضاة الدولة بناء على اتفاقية الاستثمار، بل يمكنه ذلك متى كانت هذه الأخيرة تتضمن خيارات أخرى للمستثمر في شرط التحكيم، كاللجوء إلى التحكيم الحر، طالما أنه لا يتضمن هذا الاقصاء، وهو ما سار عليه الحكم التحكيمي الصادر15 ديسمبر 2014 في قضية Garcia Armas ضد فينزويلا، الذي يعتبر سابقة في التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال، بالنسبة للمستثمرين الذي يحملون جنسية البلدين الطرفين في اتفاقية الاستثمار (٥)، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أنه عند غياب القواعد التي تستثني إزدواج الجنسية أو التي تفرض الجنسية الغالبة والفعلية، لا يمكن حرمان المستثمر من آثار الجنسية الممنوحة، طوعا، من قبل الدولة الطرف في اتفاقية الاستثمار والمقبولة من قبل الدولة الطرف الآخر (٤)، وانطلاقا من هذا الحكم التحكيمي أصبح بإمكان المستثمر مقاضاة البلد الذي يحمل جنسيته أمام هيئات التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال، طالما أنه يحمل جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار.

وقد أكدت محكمة الاستئناف بباريس هذا التوجه، في القرار الصادر عنها بتاريخ 25

(1) الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 6 أبريل 1955 في قضية Nottebohm بين الليشنشتاين وكواتيمالا.

(2) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 21 أكتوبر 2003 في قضية Trading Champion Company

ضد مصر تحت عدد ARB/02/9.

(3) Patricia Ugalde- Revilla :

« Note:

République bolivarienne du Venezuela v. Serafín García Armas et Karina

Revista Review, Arbitration Spain >>, 2017 April 25 Paris, of Appeal of Court Gruber, Garcia del Club Espanol del

Arbitraje, Wolters Kluwer Espana 2018, Volume 2018 Issue 33 ; p. 127.

(4) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر وفقا لقواعد اليونسترال (تحكيم حر) بتاريخ 15 ديسمبر 2014 في

أبريل 2017(١)، مؤكدة أن الغرض والهدف من اتفاقية الاستثمار هو حماية المستثمرين حاملي الجنسية المزدوجة في حالة إقصائهم، وذلك بمناسبة الطعن بالبطلان الذي تقدمت به فنزويلا في مواجهة الحكم التحكيمي المشار إليه أعلاه.

كما يطرح التساؤل، حول التاريخ المعتمد من أجل تحديد جنسية المستثمر، و ذلك بغية التأكد ما إذا كان يعتبر مستثمرا أجنبيا، وفي هذا الشأن نستحضر الحكم التحكيمي الصادر في قضية Garcia Armas ضد فينزويلا المشار إليها أعلاه، إذ اعتبرت هيئة التحكيم أنها المختصة للنظر في النزاع، مادام أن المستثمر يعتبر مكتسبا للجنسية الاسبانية، معتمدة في الجنسية المكتسبة في تاريخ صدور التصرف الموجب للتعويض وتاريخ تقديم الطلب التحكيمي، وبما أن اتفاقية الاستثمار لا تأخذ بعين الاعتبار سوى هاذين التاريخين، فإنه ليس من الضروري تقييم الجنسية من تاريخ انشاء الاستثمار، و هو الموقف الذي لم يحظ بموافقة جميع أعضاء هيئة التحكيم، إذ عبر أحد أعضاء هذه الهيئة (Rodrigo Oreamuno B.) عن رأيه المخالف، إذ اعتبر أنه من أجل الاستفادة من حماية اتفاقية الاستثمار يجب أن يكون المستثمر مكتسبا للجنسية الاسبانية من تاريخ انشاء الاستثمار.

وقد كان هذا الحكم التحكيمي موضوع طعن بالبطلان (3) من قبل فنزويلا أمام محكمة الاستئناف بباريس، مؤسسة طعنها على كون هيئة التحكيم غير مختصة نوعيا (ratione materiae)، لغياب الاستثمار لكونه بوشر من قبل أحد مواطنيها، وأنه من أجل التمتع بحماية اتفاقية الاستثمار، يتعين أن يتوفر المستثمر على جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار (الجنسية الاسبانية)، ليس فقط في تاريخ قيام النزاع أو عند تقديم

(1) Décision cour d'appel de Paris, date du 25 avril 2017, note, Malik Laazouzi: « Chronique de jurisprudence

et l'investisseur de nationalité la de détermination La - I. investissements, des droit en arbitrale son impact sur la

compétence du tribunal arbitral », revue de l'arbitrage, 2017 - 2, p. 648.

(2) للإشارة فإن الحكم التحكيمي موضوع الطعن بالبطلان صدر في إطار تحكيم حر Ad (Arbitrage hoc) وفقا لقواعد

اليونسترال، وذلك لكون المادة 25 من اتفاقية واشنطن تستثني المستثمرين الذين يتوفرون على جنسيتي الدولتين الطرفين

في اتفاقية الاستثمار من تحكيم CIRDI.

طلب التحكيم، كما جاء في الحكم التحكمي، بل كذلك في تاريخ إنشاء الاستثمار في البلد الآخر(١).

وقد أصدرت محكمة الاستئناف بباريس قرارا بتاريخ 25 أبريل 2017 قضت فيه ببطلان الحكم التحكيمي، معتبرة أنه من أجل التمتع بحماية اتفاقية الاستثمار المبرمة بين اسبانيا وفنزويلا يتعين أن يكون المستثمر حاملا للجنسية الاسبانية وقت إنشاء الاستثمار، مبنية قرارها على كون المقصود من عبارة «الاستثمارات» الواردة في اتفاقية الاستثمار، جميع أنواع الأصول التي استثمرها مستثمرون ينتمون إلى البلد الطرف في الاتفاقية في إقليم البلد الطرف الآخر، وأن المقصود بعبارة «المستثمرون»، الأشخاص الطبيعيون الذين يحملون جنسية أحد البلدين الطرفين المتعاقدين وفقا لتشريعاته ويقومون بالاستثمار في إقليم البلد الطرف المتعاقد الآخر، لتخلص محكمة الاستئناف أن الاستثمار ليس مجرد أصول «مملوكة» لمستثمر المنتمي إلى البلد الطرف المتعاقد الآخر، والذي قد يستبعد أي إشارة إلى تاريخ الاستحواذ، ولكن كذلك الأصول «المستثمرة» من قبل مستثمر المنتمي إلى البلد الطرف المتعاقد الآخر، والذي يشير بالضرورة إلى شرط جنسية المستثمر في تاريخ الاستثمار.

ثانيا:

المستثمر، شخص معنوي

تحدد جنسية الشخص المعنوي حسب البلد الذي يوجد فيه مقره أو مكان انشائه، وبالتالي فإنه يتعين على المستثمر الشخص المعنوي، من أجل مقاضاة البلد المستقبل لاستثماره بناء على اتفاقية الاستثمار، التوفر على مقر في البلد الطرف الآخر في هذه

الاتفاقية أو أن يكون مكان انشائه في هذا البلد.

Garcia Karina et Armas Garcia Serafin v. Venezuela du bolivarienne Republique << (1) Gruber, Court of Appeal of

2018, Volume 2018 Issue 33, p. 121.

غير أن تحديد جنسية الشخص المعنوي يثير مجموعة من الإشكالات، التي تعتبر أكثر تعقيدا من تلك المتعلقة بتحديد جنسية الأشخاص الطبيعيين، فغالبا ما يطرح التساؤل حول ما إذا كان يجب الأخذ بجنسية الواجهة أو البحث عن حقيقة الجهة التي تمارس الرقابة على هذا الشخص المعنوي؟ وذلك لكون الشركات تعمل بطرق وأنماط تجعل من الصعب تحديد جنسيتها، بسبب تعدد المساهمين فيها، سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو اعتبارية، والذين يعملون انطلاقا من بلدان مختلفة، وذلك في غياب مقتضيات تنظم ذلك في القانون الدولي العرفي.

و ما يزيد من صعوبة تحديد مفهوم «المستثمر»، عندما يتعلق بشخص معنوي، عدم إمكانية الرجوع إلى الضوابط القانونية المنظمة للجنسية في بلد ما، وإنما يتم الاعتماد على المقتضيات المحددة في اتفاقية الاستثمار، وفقا لما ارتضته الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، مما يمكن اعتباره من بين خاصيات هذه الاتفاقيات لعدم ارتكازها على مفهوم «الجنسية»، وهو ما يمكن تفسيره، كذلك، بإرادة الدول في تجاوز هذا المفهوم (١).

وإذا كان من المتعارف عليه أن جنسية الشخص المعنوي تقوم بناء على عنصري «المقر الاجتماعي» و «بلد التأسيس»، فإن بعض اتفاقيات الاستثمار تقتصر على منح صفة «المستثمر»، وبالتالي الحماية للأشخاص المعنوية، بناء على «جنسية» الجهة المكلفة بممارسة الرقابة في هذه الشركة. ومما سبق فإن بعض الأشخاص المعنوية تكتسب صفة «المستثمر» من منطلق أنها تخضع لرقابة شخص، معنوي أو طبيعي، يحمل جنسية البلد الطرف الآخر في اتفاقية الاستثمار، حتى وإن كان مقر تأسيسها أو مقرها الاجتماعي يوجد في بلد آخر غير طرف في الاتفاقية (٤).

la de droit au d'investissement bilatérales conventions des «L'apport Tournier, Arnaud (1) «nationalité» des per-

sonnes morales», dans:

SFDI, Droit international et nationalité, Pedone (2012), p.491

(2) نورد على سبيل المثال اتفاقية الاستثمار المبرمة بين هولاندا والارجنتين بتاريخ 20 أكتوبر 1992.

و في حالة عدم تنصيص اتفاقية الاستثمار على عنصر «الرقابة»، فإن غالبية هيئات التحكيم تعتبر أن هذا العنصر غير ضروري، و يكفي، والحالة هاته، أن يكون الشخص المعنوي قد تم تأسيسه في البلد الطرف في هذه الاتفاقية، ونستحضر في هذا الاطار الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركة Tokios Tokeles ضد أوكرانيا، إذ أن هذه الشركة، التي تحمل الجنسية الليتوانية، أسست فرعا لها في أوكرانيا من أجل مباشرة الاستثمار في هذا البلد، وتقدمت بطلب من أجل مقاضاة أوكرانيا، بناء على اتفاقية الاستثمار المبرمة بين أوكرانيا وليتوانيا، علما بأن شركة Tokios Tokeles مملوكة من قبل مواطنين أوكرانيين بنسبة 99%، غير أنه وفقا للقانون الليتواني الواجب التطبيق في الاتفاقية المذكورة، فإن مقر التأسيس يعتبر كافيا لتحديد جنسية الشخص المعنوي، الأمر الذي دفع بهيئة التحكيم، في ظل عدم وجود أي مقتضى في اتفاقية الاستثمار ينص على شرط «الرقابة»، إلى اعتبار أن هذه الشركة تستفيد من حماية اتفاقية الاستثمار على الرغم من أنها مملوكة بنسبة 99% لمواطنين أوكرانيين الذي يمارسون أعمال الرقابة والادارة (١).

ويثير موقف هيئة التحكيم في هذه القضية مجموعة من التساؤلات، خاصة حول منح صفة «المستثمر» لشخص معنوي بناء على البلد الذي يوجد فيه مقر تأسيسه، و ذلك بغض النظر عن ما إذا كان المساهمين في هذه الشركة، الحاملين لجنسية البلد المستضيف للاستثمار، قد تعمدوا، أم لا، إنشاء شركات خارج هذا البلد من أجل التمتع بالحماية التي تمنحها اتفاقية الاستثمار الموقعة بين البلد الذي يحمل جنسيته المساهمين والبلد الذي تحمل جنسيته الشركة، وهو ما يدفعنا إلى اقتراح التنصيص في اتفاقيات الاستثمار على استثناء، من حماية هذه الأخيرة، الشركات غير الخاضعة لرقابة مواطني البلد الأصلي أو الخاضعة لرقابة مواطني البلد المضيف للاستثمار.

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر في إطار CIRDI في قضية شركة Tokeles Tokios ضد أوكرانيا بتاريخ 29 أبريل

2004 في القضية عدد ARB/02/18.

وبالرجوع إلى اتفاقية واشنطن (المادة 25) والمبادئ العامة في القانون الدولي، فإن المستثمر المدعي يجب أن يستوفي التعريف المضمن في اتفاقية الاستثمار حول «المستثمر» وذلك وقت الاتفاق على التحكيم أي بالنسبة للمستثمر وقت تقديم طلب التحكيم (١).

الفقرة الثانية:

النطاق الموضوعي للتحكيم في منازعات الاستثمار

إذا كان النطاق الشخصي للتحكيم في منازعات الاستثمار يتحدد في كل من الدولة المستضيفة للاستثمار والمستثمر، فإن نطاقه الموضوعي يتحدد في نوعية وطبيعة المنازعات التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم، ومن ثمة تحديد طبيعة العمليات الاقتصادية التي تدخل في نطاق حماية اتفاقيات الاستثمار وكذا مجال الاختصاص النوعي للهيئة التحكيمية (Competence ratione materiae).

و إذا كانت اتفاقيات الاستثمار وضعت تعريفا شاملا و عاما للاستثمار و ذلك من خلال وضع لائحة غير حصرية للاستثمارات فإنها اختلفت في تحديد عناصره(3)، و مرد هذا الاختلاف سكوت اتفاقية واشنطن في هذا الخصوص وعدم وضعها لتعريف للاستثمار(3) إذ حصرت الفقرة الأولى 1 من المادة 25 من الاتفاقية المذكورة مجال اختصاص CIRDI في كل «المنازعات ذات الطابع القانوني الناشئة مباشرة عن الاستثمار»(٤)، ليتضح و بالرجوع إلى تاريخ صياغة الاتفاقية المذكورة فإنه و باستثناء المعاملات التجارية العادية،

Republic, Argentine c. S.A. Universal Vivendi and S.A. Aconquija del Aguas de Compañia (1) CIRDI Affaire No.

ARB/97/3, Décision sur la compétence (14 novembre 2005), §§ 61- 63

(2) D. Carreau :

« Répertoire de droit international, Investissements », Dalloz 2020, § 87.

(3) C. LEBEN :

« Répertoire de droit international, Compétence CIRDI »> Dallaz 2020, § 59.

(4) جاء في الفقرة 1 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن ما يلي:

contractant Etat un entre juridique d'ordre différends aux s'étend Centre du compétence La (1) (ou telle

le et Centre) au désigne qu'il lui de dépendant organisme tel ou publique collectivité ressortissant d'un autre

ont parties les que et investissement un avec directe relation en sont qui contractant Etat consenti par écrit

à soumettre au Centre.

retirer le peut ne d'elles aucune consentement, leur donné ont parties les Lorsque unilatéralement

فإن المادة 25 تشمل تقريبا جميع المجلات ذات النشاط الاقتصادي(١).

وفي ظل غياب تعريف اتفاقي للاستثمار فإن محاكم التحكيم بما فيها المؤسسة وفقا

لنظام CIRDI اختلفت بل تضاربت حول مفهوم الاستثمار، معتمدة في ذلك على

اتجاهين، الاتجاه الأول تبنى المعيار الموضوعي أو المستقل (1) (critere objectif) بينما

الاتجاه الثاني تبنى المعيار الشخصي أو الاتفاقي (2) (Critere subjectif).

1 . المعيار الموضوعي

تبنت مجموعة من هيئات التحكيم المعيار الموضوعي في تحديد مفهوم الاستثمار، وهو

المعيار الذي يقوم على أساس البحث في مضمون وموضوع العملية الاقتصادية موضوع

النزاع وذلك من خلال توفر مجموعة من العناصر الموضوعية التي تفيد «الاستثمار»، و

هو ذات المعيار الذي تبناه متصرفي البنك الدولي (Les administrateurs de la Banque

Mondiale)(2).

ومن بين القرارات التحكيمية التي تبنت المعيار الموضوعي، القرار الصادر بتاريخ 10 فبراير

1999 في قضية شركة Antoine Goetz ضد جمهورية بروندي، والقرار الصادر بتاريخ 12

أبريل 2002 في قضية شركة Middle East Shipping and Handling ضد الدولة المصرية.

غير أن معالم مفهوم الاستثمار بدأت تتجلى، ابتداء من سنة 2001 بمناسبة صدور حكم

تحكيمي في الاختصاص (Decision sur la competence) في قضية شركة «ساليني» ضد

Journal 318 (1996) p. 358.

(2) جاء في الفقرة 27 من التقرير الصادر عن متصرفي البنك الدولي ما يلي:

que fait du tenu compte », investissement « terme le définir de nécessaire jugé été pas n'a Il « le consentement des

Etats les lequel par mécanisme du tenu compte et essentielle condition une constitue parties contractants peuvent,

pas seraient ne ou seraient qu'ils différends de catégories les l'avance à indiquer désirent, s'ils prêts à soumettre au

Centre (article 25(4)) >>

الدولة المغربية بتاريخ 16 يوليو 2001(١) إذ حددت هيئة التحكيم العملية الاستثمار عند

توفر أربعة عناصر موضوعية، وهي كالتالي:

1. حصص المستثمر (Les apports de l'investisseur)، إذ لا يمكن

الحديث عن الاستثمار دون وجود مساهمة من قبل المستثمر، مهما كان

شكل هذه المساهمة؛

11. مدة تنفيذ الاستثمار (Une certaine duree d'execution)، إذ يتعين أن

يكون الاستثمار قد تم إنجازه لمدة معقولة، وبالتالي فإن القيام بعملية

تجارية لمدة قصيرة لا يمكن اعتبارها استثمار، بل يجب أن تتميز ب

«الاستدامة» التي لا يمكن تحقيقها إلا بالمساهمة المتوسطة أو الطويلة

الأجل (٤)؛

III. المساهمة في مخاطر العملية (Participation aux risques de

l'operation)، سواء من حيث تحقيق الأرباح أو تحمل الخسائر؛

IV. المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار (La

contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de

l'investissement) .

وقد تباينت محاكم التحكيم في الأخذ بهذه المعايير، فمنها من اعتمدها في مجملها،

ونذكر من بينها الحكم الصادر في قضية شركة Bayindir ضد باكستان بتاريخ 15 نونبر

2005 والحكم الصادر في قضية شركة Jan de Nul ضد مصر بتاريخ 16 يونيو 2006 و

Beyrouth, 2011, p. 621.

Dec 2015, p.112.

الحكم في الاختصاص الصادر بتاريخ 1 نونبر 2006 في قضية Patrick Mitchell والكونغو

الديمقراطية والمقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 17 ماي 2007 في قضية MHS ضد ماليزيا

والقرار الصادر بتاريخ 31 يونيو 2007 في قضية Power Group L C ضد الاكوادور(*)، و

الحكم الصادر في قضية شركة Noble energy ضد الاكوادور بتاريخ 5 مارس 2008، في

حين أخذ البعض الآخر بالعناصر الثلاثة الأولى، من بينها الحكم التحكيمي الصادر

سنة 2006 في قضية LESI ضد دولة الجزائر إذ استبعدت هيئة التحكيم العنصر المرتبط

بالمساهمة في التنمية الاقتصادية في البلد المضيف للاستثمار لصعوبة اثباته (3) و

كذلك الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2010 في قضية شركة Saba Fakes

ضد تركيا (3).

وقد صدرت مؤخرا أحكام تحكيمية عن المركز المذكور اشترطت في الاستثمار أن يكون

مشروعا وقانونيا، وبالتالي فإن العملية الاستثمارية حتى تخضع لحماية اتفاقية الاستثمار

يجب أن تتوفر فيها بالإضافة إلى العناصر السابقة عنصري احترام القانون والتشريعات

الداخلية للبلد المضيف ثم أن تتم هذه العملية بحسن نية، ومن بين الأحكام التحكيمية

الصادرة في هذا الخصوص الحكم الصادر بتاريخ 15 أبريل 2009 في قضية شركة Phoenix

Action ضد جمهورية التشيك(*).

ويتضح من خلال استقراء الحكم الأخير فإن («الاستثمار» حتى يصبح مشروعا ويتمتع،

بالتالي، بحماية الدولة المستقبلة له، يجب أن ينفذ وفق القوانين والتشريعات الوطنية

المتعلقة بهذا الاستثمار (٤) و بحسن نية، وقد اعتبرت هيئة التحكيم أنه لا يمكن

(1) Walid Ben Hamida :

« La notion d'investissement :

la notion maudite du système CIRDI ? », Gazette du Palais,

15 novembre 2007, nº 349, p.33

de ordonnance ARB/05/3, n° CIRDI dossier Algérie, c. SPA Astaldi et SPA LESI Affaire (2) compétence datée de

12 juillet 2006, par. 72.

juillet 14 de datée sentence ARB/07/20, nº dossier CIRDI Turkie, c. Fakes Saba Affaire (3) 2010, par. 110- 114.

(4) - Emmanuel Gaillard :

« La jurisprudence du CIRDI », Volume I, Editions A. Pedone Paris, Edition Alpha

Beyrouth, 2011, p. 621

(5) جاء في القفرة 119 من الحكم التحكيمي ما يلي:

deny to treaties protection investment of purpose and object the to counter run would «it substantive protection to

of nature very the to unrelated are that laws domestic violate would that investments those investment regulation».

قراءة وتفسير القانون الدولي للاستثمار بمعزل عن القانون الدولي العام ومبادئه العامة، وبنت تحديدها لمفهوم الاستثمار طبقا لاتفاقية واشنطن واتفاقية الاستثمار على مبادئ القانون الدولي، كما اعتبرت أن الاستثمارات «الشرعية» أو «القانونية» هي التي يمكن أن تستفيد من الحماية الدولية المخولة بمقتضى اتفاقية واشنطن (١)، و من ثمة فإنه يتعين أن تستجيب العملية الاقتصادية موضوع النزاع إلى مقتضيات القانون الداخلي للبلد المضيف (Condition de la legalite interne)، وهذا الشرط يتماشى والمقولة القديمة التي تفيد أنه لا يمكن لأي ،(2) «<emo auditur propriam turpitudinem alleagans شخص أن يستفيد من دناءته من أجل اللجوء إلى القضاء، كما أن هذا الشرط يحيلنا على نظرية في القانون الدولي وهي «نظرية الأيادي النظيفة» كشرط لقبول المطالبات الدولية (3).

أما بخصوص الشرط الثاني المتمثل في ضرورة القيام بالعملية الاقتصادية بحسن نية،

فقد اعتبرت ذات محكمة التحكيم في قضية Phoenix) النقطة 106 من القرار) أنه لا

يمكن اعتبار الدول خاضعة لنظام تسوية المنازعات المعتمد من قبل CIRDI بالنسبة

للاستثمارات التي لم تنجز بحسن نية(٤).

وأضافت هيئة التحكيم أن الاستثمارات المنجزة طبقا للمبدأ الوارد في القانون الدولي

(1) (النقطة 100 من القرار التحكيمي):

(طبقا للترجمة إلى اللغة الفرنسية الواردة في المرجع السابق)

CIRDI l'arbitrage par investissements des protection de international mécanisme du but Le « ne peut être de protéger

investissements les ou d'accueil l'Etat de lois des violation en effectués investissements les qui ne sont pas réalisés

ou dissimulations représentations, fausses de suite la à exemple par obtenus foi, bonne de par corruption ou s'analysant

la de but le termes, d'autres En CIRDI. international d'arbitrage système de abus un en protection internationale est de

protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi ».

(2) Adages du droit français, l'Hermes, 1986, p.579.

internationales, réclamations des recevabilité de condition comme » propres mains « Des (3) Jean Salmon, AFDI, vol.

10 1964, 225

(4) جاء في النقطة 106 من حكم التحكيم ما يلي:

différends des système au l'accès offrant comme considérés être pas peuvent ne Etats Les « du CIRDI aux investisse-

des international l'arbitrage de protection la foi, bonne de réalisés pas sont ne qui ments investissements ne peut être

au international, droit du généraux principes aux contraire est protection telle une si accordée rang desquels le principe

de bonne foi est de première importance ».

المتمثل في حسن نية هي التي يمكن أن تستفيد من نظام حماية الاستثمارات الدولية المعتمد من قبل CIRDI(١).

وفي نفس السياق نورد الحكم التحكيمي الصادر في قضية شركة Hamster ضد غانا (ملف عدد 2/07/24)(ARB)، عندما قضت هيئة التحكيم برفض طلب الجهة الطالبة، لعلة أن المستثمر خالف القوانين الخاصة بدولة غانا، المتعلقة بالقانون الجنائي وقانون الشركات، واعتبرت أن الاستثمار غير شرعي، وبالتالي لا يمكنه الاستفادة من الحماية المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار(3).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد، اشترطت لصحة الاستثمار أن يكون مطابقا للقانون الوطني للبلد الستضيف له، إذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى ما يلي:

« ويجب أن تتم هذه الاستثمارات وفقا لقوانين وأنظمة البلد المضيف»

-2 المعيار الشخصي

يتوقف تحديد مفهوم الاستثمار، حسب المعيار الشخصي، على ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الدولية للاستثمار TBI، ومن ثمة فإن اختصاص المركز ينعقد بمجرد ما يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، صراحة أو ضمنيا، سواء في العقد أو في اتفاقية الاستثمار أو في القانون الوطني المتعلق بالاستثمار، وبمقتضى هذا الاتفاق يعتبر أطراف أن العملية موضوع النزاع تشكل استثمارا.

(1) جاء في الفقرة 113 من الحكم التحكيمي ما يلي:

investissements des protection de système du abusive l'utilisation éviter doit tribunal Le « internationaux en application

conformité en réalisés investissements les seuls que s'assurant en CIRDI convention la de avec le principe international

de bonne foi et qui ne tentent pas de faire un mauvais usage du système, sont protégés ».

(3) الفقرات 130و 131 و 132 من حكم التحكيم.

وفي هذا الاطار نستحضر القرار الصادر عن محكمة التحكيم في قضية شركة Biwater ضد دولة تانزانيا التي اعتبرت أنه ليس هناك ما يلزم التقيد بالمعايير الخمسة المعتمدة في قضية Salini، وأن هذه المعايير غير قارة وغير ملزمة ولا وجود لها في اتفاقية واشنطن(١).

كما اعتبرت الهيئة التحكيمية في قضية شركة Biwater أن المعايير المعتمدة في قضية Salini تثير مجموعة من الإشكالات إذ يجب لاعتبار عملية ما بمثابة استثمار وبالتالي تدخل في نطاق اختصاص CIRDI أن تتضمن هذه المعايير، ما من شأنه أن يبعد بطريقة «تعسفية» بعض المنازعات من اختصاص المركز المذكور، كما من شأن ذلك وضع تعاريف للاستثمار في مخالفة لما تم الاتفاق بين الأطراف، فمن غير المفهوم أن مجموعة من الاتفاقيات الدولية الثنائية وضعت تعريفا للاستثمار أكثر شمولية من التعريف الممنوح في قضية Salini وأن يتم قراءة تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن بشكل ضيق و محصور.

وقد تم تأييد هذا الموقف من قبل لجنة الطعن التابعة ل CIRDI سنة 2009 في قضية شركة Historical Salvors ضد دولة ماليزيا (2)، أما هيئة التحكيم في القرار الصادر عنها بتاريخ 4 غشت 2011 في قضية شركة Abaclat ضد دولة الأرجنتين فقد اعتبرت أن المعايير المحددة من قبل هيئة التحكيم في قضية ساليني لم يتم التنصيص عليها في اتفاقية واشنطن، وبالتالي فإنها لا ترى أي مصلحة في الأخذ بهذه المعايير والتي لا يجب اعتمادها من أجل حصر مفهوم الاستثمار، وهو ما لم يحدده لا اتفاقية واشنطن ولا الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار (3).

24 de sentence ARB/05/22, nº CIRDI dossier Tanzanie, c. Gauff Biwater société Affaire (1) juillet 2008, par. 312-

314.

décision ARB/05/10, nº CIRDI dossier Malaysie, c. Historical Malaysian société Affaire (2) datée de 16 avril 2009,

par. 79.

datée décision ARB/07/5, n° CIRDI dossier Argentine, c. others and Abaclat société Affaire (3) de 4 aout 2011, par.

364.

ويتبين مما سبق أن بعض هيئات التحكيم استبعدت المعايير المعتمدة في قضية Salini من أجل تحديد مفهوم الاستثمار وبالتالي استبعاد المعيار الموضوعي وفضلت الاعتماد على التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية للاستثمار المطبقة في النزاع.

وفي الأخير، وأمام عدم وجود تعريف اتفاقي للاستثمار وتضارب هيئات التحكيم في تحديده فإنه يقع على عاتق الجهة المدعية عبء اثبات عملية ما بمثابة استثمار، و بالتالي انعقاد اختصاص هيئة التحكيم (١).

المطلب الثالث:

موضوع الحقوق المحمية في التحكيم في منازعات الاستثمار

يختلف التحكيم في منازعات الاستثمار عن التحكيم التجاري الدولي التقليدي بشكل كبير، لكون الأول يرتكز على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدول، ثنائية كانت أو جماعية، أكثر من ارتكازه على العقود الخاصة كما هو الحال في التحكيم التجاري الدولي، وهذا الارتكاز الاتفاقي (اتفاقية الاستثمار) ومشاركة الدولة كطرف أساسي فيه يجعل من القانون الدولي العام اللبنة الأساسية في تحكيم الاستثمار.

وانطلاقا من كون اتفاقيات الاستثمار تهدف إلى حماية وتشجيع الاستثمار فإنها تتضمن مجموعة من القواعد المادية، التي تمنح للمستثمر مجموعة من الحقوق، و مخالفة الدولة لهذه القواعد يعتبر بمثابة مساس بالاستثمار، وتضمن هذه القواعد المادية للمستثمر المعاملة الفضلى والمثلى لاستثماره ورفع جميع الصعوبات القانونية والسياسية التي من شأنها عرقلة تدفق الاستثمارات أو تعريضها للخطر، غير أن تحديد هذه القواعد المادية وحصرها يرتبط بالمصطلحات المستعملة في اتفاقيات الاستثمار، التي يختلف شكلها وموضوعها باختلاف الاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمار.

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI بتاريخ 14 يوليوز 2006 في قضية شركة Azurix ضد الأرجنتين

ومن خلال الاطلاع على اتفاقيات الاستثمار الدولية، فإن القواعد المادية محددة

ومحصورة، ومخالفة هذه القواعد من قبل الدولة المستقبلة للاستثمار تشكل من الناحية العملية أساس المطالبات المقدمة من قبل المستثمر، كما أن الاجتهادات التحكيمية في تطور مستمر فيما يتعلق بالتوسع في مضمون ومغزى هذه القواعد.

وتمنح معظم القواعد المادية حقوقا للمستثمر، وهي الحقوق الموضوعية التي من بينها ما يلي:

الفقرة الأولى:

الحقوق المتصلة بالمستثمر

1. الحق في المعاملة الأكثر أفضلية (Le droit au traitement de la nation la plus favorisee) والحق في المعاملة الوطنية (Le droit au traitement national)

نصت الاتفاقيات الدولية للاستثمار على الحق في المعاملة الأكثر أفضلية والحق في المعاملة الوطنية، غير أن هناك بعض الاتفاقيات التي ضمنتهما في شرط واحد، كما هو الحال في بعض الاتفاقيات المبرمة من قبل المغرب كالاتفاقية المبرمة مع إيطاليا (١) و

(1) جاء في المادة 3 المعنونة ب شرط الدولة الأكثر رعاية والمعاملة الوطنية من الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإيطاليا

المؤرخة في 26 سبتمبر 1990 (ج. ر عدد 4818 بتاريخ 3 غشت 2000 ص 2128)، ما يلي:

-1» على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق اقليمه استثمارات وعائدات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا

تقل عن تلك التي يمنحها لاستثمارات وعائدات المستثمرين التابعين له ولاستثمارات وعائدات المستثمرين التابعين

لأي دولة ثالثة.

-2 على كل طرف متعاقد أن يمنح فوق إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فيما يخص الإدارة، والصيانة والانتفاع،

والتمتع أو التصرف في استثماراتهم، معاملة لا تقل رقابة عن تلك التي يمنحها للمستثمرين التابعين له أو للمستثمرين

التابعين لدولة ثالثة.

-3 لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الوطنية فيما يخص الانتفاع من الإعانات والقروض

والتأمينات والضمانات التي تقدمها حكومة أحد الطرفين المتعاقدين حصرا إلى رعاياها أو لشركاتها في إطار أنشطة برامج

التنمية الوطنية.

-4 لا يجوز لمستثمري الطرفين المتعاقدين الاستفادة من المعاملة الممنوحة لمستثمري دولة ثالثة من قبل الطرفين

المتعاقدين في نطاق اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو منطقة للتبادل الحر أو اتفاقية جهوية أو شبه جهوية أو اتفاق

اقتصادي دولي متعدد الأطراف أو اتفاق مبرم بين أحد الطرفين. المتعاقدين وبين دولة ثالثة من أجل تجنب الازدواج

الضريبي أو من أجل تسهيل التجارة على الحدود.»

الاتفاقية المبرمة مع السويد(١) في حين هناك اتفاقيات أخرى نصت على كل حق من

هاذين في بند مستقل.

ونظرا للاختلاف بين هاذين الحقين سنقوم بعرض كل حق على حدى، و ذلك وفق

الشكل التالي :

أ- الحق في المعاملة الوطنية

يقوم هذا الحق على أساس عدم تمييز الدولة المستقبلة للاستثمار بين المستثمرين بناء

على الجنسية، ويقوم هذا الحق على أساس التزام الدولة المستضيفة لاستثماره بمنح

المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي يستفيد منها مستثمري هذه الدولة، وهذا الالتزام

يمنح المستثمر الأجنبي حماية ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضع المستثمر

الأجنبي في وضعية تنافسية أقل بالمقارنة من المستثمر الوطني.

ومراقبة ما إذا كان الحق في المعاملة الوطنية الممنوحة للمستثمر قد تمت مخالفته ام لا،

يمر من مرحلتين:

بداية يتعين التأكد ما إذا كان المستثمر الأجنبي والمستثمر المحلي موضوع المقارنة

يمكن أن يكونا فعلا موضوع المقارنة ذاتها، ومن أجل ذلك يتعين البحث ما إذا كان

(1) جاء في المادة الثالثة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد بتاريخ 26 سبتمبر 1990 (ج.ر عدد 5743

المؤرخة في 15 يونيو 2009 ص:

3304)، ما يلي:

-1» لا يجب أن تخضع الاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين فوق تراب الطرف المتعاقد

الآخر لمعاملة أقل أفضلية من تلك التي تمنح للاستثمارات التي تنجز فوق تراب هذا الطرف من قبل رعايا أن شركات دول

أخرى.

-2 بالرغم من مقتضيات الفقرة ،1 إذا أبرم طرف متعاقد معاهدة مع دولة أو عدة دول تتعلق بإنشاء اتحاد جمركي أو منطقة

للتبادل الحر أو معاهدة لإرساء اتفاق للتعاون الاقتصادي الموسع قائم على اعتبارات خاصة سيكون حرا في منح معاملة

أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا أو شركات الدولة أو الدول المنظمة لهذا الاتفاق كذلك أو من طرف

رعايا أو شركات بعض هذه الدول. كما يكون كل طرف متعاقد حرا في منح معاملة أكثر أفضلية للاستثمارات المنجزة من

طرف رعايا أو شركات دول أخرى، إذا كانت هذه المعاملة منصوصا عليها في اتفاقيات ثنائية أبرمت مع هذه الدول قبل

تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق.

-3 لا ينبغي أن تؤول مقتضيات الفقرة 1 من هذه المادة بشكل يجبر أحد الطرفين المتعاقدين على تمتيع مستثمري الطرف

المتعاقد الآخر بأية معاملة أو تفضيل أو امتياز مترتب عن اتفاقية ما أو تسوية دولية تتعلق كليا أو في معظمها بالضريبة أو

عن تشريع وطني معين يتعلق كليا أو في معظمه بالضريبة.»

المستثمرين يمارسان نفس النشاط أو أن مجال معاملاتهما متقارب بما يكفي لإجراء

هذه المقارنة.

وبعد ذلك يتعين أن يكون التصرف الصادر عن البلد المستضيف للاستثمار قد وضع

المستثمر الأجنبي في وضعية أقل أفضلية من وضعية المستثمر الوطني.

وقد اختلفت هيئات التحكم في تحديد ما إذا المستثمر ملزم بالإدلاء بما يفيد نية الدولة في اتخاذ الاجراء التمييزي، بين مؤيد لذلك (١) وبين رافض له (3)، وفي جميع الأحوال يمكن للدولة أن تبرر أن اتخاذ هذا الاجراء كان لأسباب شرعية ولارتباطها بالمصلحة العامة، وهو ما قضت به هيئة التحكيم في قضية شركة Gami ضد المكسيك (3).

ب- الحق في المعاملة الأكثر أفضلية

يعتبر شرط المعاملة الأكثر أفضلية أو شرط الدولة الأكثر رعاية من الشروط التقليدية والكلاسيكية في قانون الاتفاقيات، ويضمن هذا الحق للمستثمر الأجنبي معاملة لا تقل أفضلية عن تلك الممنوحة من قبل البلد المستضيف للاستثمار لباقي المستثمرين الأجانب الآخرين وإن كانوا ينتمون إلى بلد آخر ما دام أن البلد تربطه اتفاقية استثمار مع البلد المستضيف للاستثمار، وبعبارة أخرى، في حالة ما إذا كانت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة «أ» والدولة «ب» (الاتفاقية 1) تتضمن شرط المعاملة الأكثر أفضلية وأن الدولة «أ» أبرمت اتفاقية استثمار مع الدولة «ج» (الاتفاقية 2) التي تتضمن مجموعة من الامتيازات أكثر من تلك الواردة في الاتفاقية 1، فإن المستثمرين المنتمين للدولة «ب»

(1) الحكم التحكيم الصادر عن CIRDI في القضية عدد 02/8/ARB بتاريخ 6 فبراير 2007 في قضية شركة ضد Siemens

الأرجنتين.

(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 99/2/ARB بتاريخ 25 يونيو 2001 في قضية شركة ضد Genin

استونيا.

(3) - الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال و NAFTA بتاريخ 15 نونبر 2004 في

قضية شركة Gami ضد المكسيك، وفي نفس النهج الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد

اليونسترال و NAFTA بتاريخ 13 نونبر 2000 في قضية شركة Myers ضد كندا.

يمكنهم الاستفادة الامتيازات الواردة في الاتفاقية2 في مواجهة الدولة «أ)»، والاستفادة

من الامتيازات يشمل جميع الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة («أ» بما في ذلك الاتفاقية الجماعية.

وعلى خلاف الأمر بالنسبة للحق المتمثل في المعاملة الوطنية فإن هذا الحق يمنح حماية للمستثمر الأجنبي ضد بعض التصرفات التي من شأنها وضعه في وضعية تنافسية أقل من باقي المستثمرين الآخرين.

ومما سبق فإنه بناء على شرط المعاملة الأكثر أفضلية يمكن للمستثمر أن يستفيد من المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليها في اتفاقية أخرى الموقعة بين البلد المستضيف لاستثماره وبلد آخر (١)، كما يمكن بناء على هذا الشرط أن يستفيد المستثمر من طريقة احتساب التعويض عن مصادرة استثماره الأكثر أفضلية الوارد في اتفاقية استثمار أخرى طرفها الدولة المستضيفة للاستثمار (3).

2. الحق في المعاملة العادلة والمنصفة (Le droit a un traitement juste et équitable)

الحق في المعاملة العادلة والمنصفة يعتبر من الحقوق الأكثر شيوعا في الاتفاقيات الدولية للاستثمار، ويثير هذا الحق مجموعة من النقاشات في تحكيم الاستثمار تتمحور حول حدود ونطاق المعاملة العادلة والمنصفة التي يمكن أن يستفيد منها المستثمر الأجنبي، إذ اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن المقصود بهذا الشرط هو أن تتعامل الدولة مع المستثمر بحسن نية وبكل شفافية (٥)، في حين اعتبرت لجنة التبادل الحر ل ALENA

(1) الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 14 نونبر 2005 في القضية عدد 03/29/ARB بين شركة Bayindir ضد الباكستان.

(2) الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد اليونسترال بتاريخ 14 مارس 2003 بين شركة CME ضد التشيك.

(3) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 99/2/ARB بتاريخ 25 يونيو 2001 في قضية شركة Genin ضد استونيا.

أن الشرط المذكور يساوي المعيار الأدنى لحماية الأجانب في القانون الدولي، وهو الأمر الذي يجعل مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة مفهوما مرنا (١) مما يسمح بإدخال مجموعة من التصرفات الصادرة عن الدولة في سلة خرق هذا الحق، لذلك فلا عجب أن نجده من بين الوسائل الأكثر استعمالا من قبل المستثمر في دعاواه التحكيمية.

وقد تضمنت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمها المغرب هذا الشرط، كمثال على ذلك المادة 2 من اتفاقية الاستثمار المبرمة مع ايطاليا بتاريخ 26 سبتمبر 1990 (2)، التي جاء فيها ما يلي:

«1- يقوم كل طرف متعاقد بتشجيع المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر للقيام بالاستثمارات فوق اقليمه، ويرخص بهذه الاستثمارات وفق قوانينه وأنظمته الجاري بها العمل.

-2 يتعين على كل طرف متعاقد أن يضمن معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر. ويجب على كل طرف متعاقد أن يكفل لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فوق اقليمه إدارة استثماراته وصيانتها والانتفاع والتمتع بها والتصرف فيها ضد كل تدبير غير عادل أو تمييزي».

ويتضح من خلال الاطلاع على الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الشأن أن التصرفات الصادرة عن الدولة والتي يمكن اعتبارها مخالفة للمعاملة العادلة والمنصفة يمكن إجمالها في صنفين:

التصرفات الصادرة عن الدولة التي تمس مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر الأجنبي (1) والتصرفات التي تمس بالانتظارات المشروعة للمستثمر (2).

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 00/3/ARB بتاريخ 30 أبريل 2004 في قضية شركة Waste ضد المكسيك.

(2) هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية عدد 4818 بتاريخ 3 غشت 2000 ص 2128:

أ- التصرفات التي تمس مباشرة بالمستثمر الأجنبي

يتبين من خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام التحكيمية، أن هيئات التحكيم كيفت التصرفات الصادرة عن الدولة و الماسة مباشرة بأموال أو مصالح المستثمر تعتبر مخالفة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة لمساسها ، ومن لين هذه التصرفات إنكار المحاكم الوطنية للعدالة أو عدم احترامها لقواعد المحاكمة العادلة (1) ومتابعة المستثمر في إطار دعوى قضائية غير شفافة لعدم تبليغه بها (3) وقيام السلطات العمومية ببعض التصرفات التي يمكن تصنيفها كأنها تحرش إداري (3) السحب غير المبرر للترخيص (*) مخالفة الدولة لالتزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر(٤).

ب- الانتظارات المشروعة للمستثمر

بناء على شرط المعاملة العادلة والمنصفة يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطالب الدولة بالتعويض لمساسها بانتظاراته المشروعة (٥)، وقد تعددت حالات الانتظارات المشروعة للمستثمر بين عدم تحقق انتظاراته المبنية على دراسات توقعية اعتمد فيها على إطار

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 98/3/ARB بتاريخ 26 يونيو 2003 في قضية شركة Loewen

ضد أمريكا.

L. C. Delanoy et T. Prtwood :

« La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investis-

.sement >, Rev., Arb., 2005- 3, p.603

للاطلاع أكثر على مسؤولية الدولة لإنكارها العدالة المرجو الاطلاع على:

(2) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 99/6/ARB بتاريخ 12 أبريل 2002 في قضية شركة Cement

ضد مصر.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد 97/1/(ARB(AF بتاريخ 30 غشت 2000 في

قضية شركة Talbot ضد كندا.

(3) الحكم الحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية الحرة وفقا لقواعد NAFTA بتاريخ 29 ماي 2003 بين شركة Techmad

ضد المكسيك.

(4) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 00/2/ARB بتاريخ 12 أبريل 2002 في قضية شركة Cement

ضد مصر.

(5) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI وفقا لقواعد NAFTA في القضية عدد ARB(AF)/99/2/ بتاريخ 11 أكتوبر 2002

في قضية شركة Mondev ضد أمريكا.

- الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 00/6/ARB بتاريخ 22 ديسمبر 2003 في قضية شركة RFCC ضد

المغرب.

(6) أول حكم تحكيمي قضى بالتعويض بناء على المساس بالانتظارات المشروعة للمستثمر الحكم الصادر عن CIRDI

في القضية عدد ARB/00/2 بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية شركة Tecmed ضد المكسيك.

قانوني ومؤسساتي الذي كان ساريا في البلد المستضيف للاستثمار قبل الاستثمار فيه(١)

وبين عدم احترام الدولة المستضيفة للاستثمار لالتزاماتها أو تصريحاتها التي قدمتها الدولة

من أجل جلب الاستثمار الأجنبي (3) .

الفقرة الثانية:

الحقوق المتصلة بالاستثمار

-3 الحق في الحماية ضد المصادرة أو نزع الملكية (Le droit a une

(protection contre l'expropriation

تتضمن اتفاقيات الاستثمار بندا بمقتضاه تلتزم الدولة المستضيفة للاستثمار بحماية

الاستثمار الأجنبي ضد أي نوع من أنواع المصادرة أو نزع الملكية، ومثال على هذا

الشرط ذلك الوارد في المادة 5 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب وإيطاليا، التي

جاء فيها ما يلي:

«1- لا يخضع مستثمرو الطرفين المتعاقدين لأي إجراء دائم أو مؤقت يحد من حق

الملكية أو الحيازة أو الرقابة أو الانتفاع باستثماراتهم إلا إذا كانت تسمح به القوانين

والأنظمة الجاري بها العمل أو كان ذلك ناتجا عن قرار قضائي.

2- لا يمكن لاستثمارات الطرفين المتعاقدين أو استثمارات مستثمريها أن تؤمم أو تنزع

ملكيتها أو تخضع لتدابير ذات أثر مماثل للتأميم أو نزع الملكية فوق إقليم الطرفين

المتعاقدين إلا إذا كام ذلك:

- من أجل المنفعة العامة؛

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 01/8/ARB بتاريخ 12 ماي 2005 في قضية شركة CMS ضد

الأرجنتين؛

الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 02/1/ARB بتاريخ 3 أكتوبر 2006 في قضية شركة LG&E ضد

الأرجنتين.

W.M Reisman et M.H Arsanjani :

« The question of unilateral Governmental statements as applicable law in (2)

.investmnt disputes >>, rev. CIRDI, 2004, p.328

- وعلى أساس غير تمييزي ووفق إجراء قانوني ؛

- ومقابل تعويض سريع، عادل ومناسب.»

والمادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب والسويد التي جاء فيها ما يلي:

«1- لا ينبغي لأي أحد من الطرفين المتعاقدين اتخاذ إجراءات التأميم أو نوع الملكية أو أي

إجراء له نفس المفعول يجرد بشكل مباشر أو غير مباشر، رعايا أو شركات الطرف المتعاقد

الآخر من الاستثمار أو مداخيل مرتبطة به أو ايراد ناتج عن تصفيته راجع للمستثمر إلا في

حالة توفر الشروط التالية:

- أن تتخذ هذه الاجراءات في إطار المصلحة العامة ووفق الشكليات

التي يتطلبها القانون؛

- أن تكون هذه الإجراءات غير تمييزية؛

- أن تكون هذه الإجراءات مصحوبة بالأداء المعجل والمناسب والفعلي

لتعويض يكون قابلا للتحويل طبقا لمقتضيات المادة 5 الواردة أسفله.

-2 إذا تعرض مستثمر وأحد الطرفين المتعاقدين لخسارة استثمار فوق تراب الطرف المتعاقد الآخر من جراء حرب أو نزاع مسلح أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة أو تمرد أو شغب فإنهم يمنحون فيما يخص أي إرجاع أو تعويض أو مقاصة أو تسوية أخرى، معاملة لا تقل أفضلية عن التي تمنح لمستثمري دولة ثالثة. وستكون الأداءات المترتبة عن ذلك قابل للتحويل طبقا لمقتضيات المادة 5 المشار إليها أسفله.»

ويتضح مما سبق أن البنود المنظمة لعدم المصادرة أو عدم نزع الملكية لا تمنع الدولة عن اتخاذ هذه الإجراءات بل يتعين عليها، فقط، احترام الشروط المحددة في اتفاقية الاستثمار، ومن ثمة ففي حالة مصادرة استثمار أجنبي (مباشرة كانت أو بطريقة غير مباشرة) أو نزع ملكيته لسبب يتعلق بالمصلحة العامة وغير تمييزي فإنه يتعين على الدولة والحالة هاته تعويض المستثمر تعويضا عادلا ومناسبا.

والتأكد من مدى توفر المصلحة العامة من اختصاص هيئات التحكيم في إطار سلطتها التقديرية (١).

المبحث الثاني:

نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار وآليات تشجيعه

يلعب التحكيم دورا أساسيا في تسوية المنازعات المرتبطة بالاستثمار الأجنبي، غير أنه يتعرض لمجموعة من الانتقادات نتيجة صدور مقررات تحكيمية تتسم في بعض الأحيان بتغليب موقف المستثمر الأجنبي على حساب الدولة المستضيفة للاستثمار مما يتطلب البحث عن الأليات القمينة بتجاوز هذه الوضعية (المطلب الأول)، وعلى الرغم من ذلك يبقى التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار، مقارنة بقضاء الدولة، مما يتعين تشجيعه ومنح المقررات التحكيمية الصادرة في منازعات الاستثمار نظام خاص عند الاعتراف بها أو تنفيذها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار وتجلياتها

أبانت الممارسة التحكيمية، لا سيما أمام مركز CIRDI، أن موقف هيئات التحكيم يتجه

في الغالب إلى تغليب المصلحة الخاصة للمستثمرين على حساب المصلحة العامة

(1) الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في القضية عدد 95/3/ARB بتاريخ 10 فبراير 1999 في قضية شركة Goetz ضد

البوراندي.

للدولة المستقبلة للاستثمار (الفقرة الأولى)، كما ان موقف هذه الهيئات يتسم بالتناقض

والتضارب فيما بينها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

وضعية الدولة المستقبلة للاستثمار في التحكيم في منازعات الاستثمار

عرف التحكيم في منازعات الاستثمار تطورا كبيرا في تسعينيات القرن الماضي، غير

أنه بعد أن بدأ «متوازنا» بين أطرافه أصبح اليوم «تحكيم يحاكم الدول المضيفة»، و

تحول من وسيلة موازية لقضاء الدولة في تسوية المنازعات، إلى وسيلة بمقتضاها تفرض

الشركات الكبرى شروطها على الدولة المستقبلة للاستثمار بل وأصبحت المنازعات

المتعلقة بالتحكيم نفسها أكثر تعقيدا من المنازعات المعروضة أمام القضاء، فبعد أن

كان المستثمر الأجنبي هو الطرف الضعيف في نزاعه مع الدولة، أصبحت هذه الأخيرة

هي الطرف الضعيف (١) نتيجة التنازلات التي منحتها لفائدة المستثمر، المتمثلة في

الشروط المضمنة في عقود الاستثمار التي بواسطتها يتم الحد من سلط الدولة، والأكثر

شيوعا نجد شروط الاستقرار (Les clauses de stabilisation) وشروط .... (Les clauses

d'intangibilité) .

فالشروط الأولى تهدف إلى في مقابل الحصول على فرص الاستثمار لتحقيق التنمية

الاقتصادية، مما أدى إلى تغليب المصالح الخاصة للمقاولات الأجنبية على المصلحة

العامة للدول المضيفة للاستثمار، الأمر الذي دفع بهذه الدول إلى البحث عن الآليات

القمينة بتفادي المخاطر الناجمة عن التحكيم والمخاطر المالية المرتبطة به أو على الأقل

التقليل من حدتها.

ويتبين من خلال الاطلاع على الإحصائيات الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات

P. et Ngwanza A. et Hamida Be W. et Mainguy D. et Jallamion C. et Duclerq C. par Etudes (1) Chavasse et M.

n'l, (Clunet) JDI 2016, mai 9 du colloque du actes Tattevin, G. et Henry M. et Fontmichel De janvier 2017,1.

الاستثمار سنة 2017 أن نسبة كبيرة من الدعاوى التي يتقدم بها المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة يصدر بخصوصها قرار تحكيمي ضد هذه الأخيرة، في حين أن نسبة أقل يصدر بخصوصها قرار إما بعدم الاختصاص أو برفض الطلب.

ويعود السبب الرئيسي في صدور أحكام تحكيمية ضد الدولة إلى ضعف الموقف القانوني لهذه الأخيرة في التحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار، وذلك للأسباب التالية:

أولا:

غياب علاقة قانونية بين الدولة والمستثمر الأجنبي

من بين المؤاخذات على التحكيم المبني على اتفاقية الاستثمار أن مبعث النزاع ليس العلاقة الرابطة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وإنما التصرف الصادر عن الدولة المضيفة، بناء على التزامات هذه الأخيرة اتجاه الدولة الطرف الآخر والمضمنة في اتفاقية الاستثمار، وليس اتجاه المستثمر الأجنبي، ومن ثمة فإن محور هذا النوع من التحكيم يدور حول أحد طرفيه دون الآخر، ألا وهو الدولة، وأساس تقييم هذا التصرف، التزام مضمن في نص اتفاقية الاستثمار طرفه شخص آخر (دولة أخرى)، الأمر الذي أدى إلى اعتبار تحكيم الاستثمار تحكيما)) أحاديا)» (١).

ثانيا:

منح المستثمر الأجنبي الحماية «المطلقة»

غالبا ما تتضمن اتفاقيات الاستثمار التزامات على عاتق الدولة في مقابل حقوق لفائدة المستثمر الأجنبي، ومن بين هذه الالتزامات المعاملة العادلة والمنصفة (Traitement juste et equitable) وضمان حماية المستثمر وأمنه وعدم التمييز وحمايته من النزع المباشر أو غير المباشر للملكية، فهذه الاتفاقيات تمنح المستثمر «حماية مطلقة»، في مقابل التزامات «محتشمة» و «نادرة» (3) للمستثمر الأجنبي إن لم نقل في غياب تام

(2) - في دراسة صادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 2001 حول اتفاقيات الاستثمار اعتبرت أن هذه الأخيرة نادرا ما تتضمن

التزامات على عاتق المستثمر الأجنبي او البلد المنتمي إليه ,CNUDED) «Social Responsability ,« UNCTAD Series on

(Issues in International investmentAgreements, 2001,p.17

لأية التزامات.

ثالثا:

اعتبار تحكيم الاستثمار بمثابة «شيك على بياض» لفائدة المستثمر الأجنبي

تضمين اتفاقيات الاستثمار الدولية «عرضا عاما ومفتوحا»، بموجبه يمكن لأي مستثمر اللجوء إلى التحكيم، حتى في ظل غياب علاقة قانونية مباشرة، جعل الدولة تتعاقد مع أشخاص غير معلومين ومعروفين لديها، فهي تقدم عرضا «في الفراغ»، بمقتضاه تمنح لشخص غير معلوم لديها الحق في مقاضاتها عن طريق التحكيم، كأنها توقع «شيكا على بياض» لفائدة شخص مجهول الهوية، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم الذي أساسه العقد، الذي يكون فيه الأطراف معلومين ومعروفين أثناء إبرام شرط التحكيم.

رابعا:

احتكار المستثمر تفعيل شرط التحكيم دون الدولة ورفض الطلبات المقابلة

تمنح اتفاقيات الاستثمار للمستثمر الأجنبي امتياز واحتكار اللجوء إلى مسطرة التحكيم، دون الدولة المستقبلة، فوحده له الحق في اللجوء إلى هذه الآلية، واختيار الوقت ونظام التحكيم الذي يراهما مناسبين له، فهو يتمتع بهذا الخصوص بميزة «احتكار» اللجوء إلى محكمة التحكيم، وهو الأمر الذي تفتقده الدولة، ففي تحكيم الاستثمار لا يوجد إلا مدع واحد وهو المستثمر ومدعى عليه واحد وهو الدولة، على خلاف الأمر في التحكيم العادي، إذ أن لكل من طرفيه إمكانية اللجوء إليه، فلهما صفة الطالب والمطلوب.

هذا بالإضافة إلى أن غالبية محاكم التحكيم لا تقبل الطلبات المقابلة المقدمة من قبل الدول في تحكيم الاستثمار الأحادي، ما دامت الاتفاقيات الدولية للاستثمار لا تتضمن أي التزامات عل عاتق المستثمر، وذلك على خلاف الأمر في التحكيم المبني على شرط

التحكيم المضمن في العقد.

خامسا:

لجوء المستثمر، في بعض الأحيان، إلى التحكيم يكون من أجل المساومة

وممارسة الضغط على الدولة

إن لجوء المستثمر الأجنبي، في بعض الأحيان، إلى مسطرة التحكيم يكون الغرض منه «تعسفيا»، وذلك إما من أجل مساومة الدولة المضيفة للاستثمار والضغط عليها أو من أجل الحصول على بعض الامتيازات أو دفع الدولة إلى إبرام صلح مع المستثمر أو من أجل ايقاف مسطرة جنائية جارية في مواجهة المستثمر.

سادسا:

تعدد المستفيدين من شرط التحكيم بخصوص نفس النزاع

من بين شروط تفعيل شرط التحكيم المضمن في اتفاقيات الاستثمار، أن يكون موضوع النزاع «استثمار» وطرفيه «مستثمر أجنبي» و «الدولة»، غير أن غياب تعريف موحد للاستثمار، أدى إلى خلق مخاطر للدولة مستقبلة الاستثمار، نتيجة المفاهيم الواسعة وغير الدقيقة المستعملة و المرتبطة خاصة بتعريف «المستثمر» الذي تحميه هذه الاتفاقيات، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا والتي يتم خلالها استخدام أكثر من معيار لإثبات وجود علاقة اقتصادية حقيقية بين المستثمر ودولته الأم.

والتوسع في التعريفات المستعملة من شأنه أن يسنح لشرائح متعددة من الأشخاص، الطبيعية أو المعنوية، بالاستفادة من شرط التحكيم المضمن في الاتفاقية، الأمر الذي يؤدي إلى ازدواجية الحماية (Double protection)، طالما أن المستثمر يمكنه الاستفادة من اتفاقيتين اثنتين، الأولى باعتباره يحمل جنسية البلد الطرف الآخر ومن جهة ثانية باعتباره مقيما في بلد آخر.

كما أن من شأن ذلك أن يوسع من مجال تطبيق الاتفاقية، وبالتالي احتمال كثرة المنازعات التحكيمية، طالما أن بعض الشركات، على الرغم من أنها تحمل جنسية دولة

غير طرف في الاتفاقية، يمكنها الاستفادة من هذه الاتفاقية واكتسابها صفة «المستثمر» بشرط أن تكون مندمجة في «مجموعة الشركات» التي تحمل جنسية الدولة الطرف، و في هذا الاطار من الضروري التذكير بقضية شركة (SulukaInvestements)، التي تعتبر شركة مملوكة لرأسمال ياباني بنسبة 100%، واستفادت، مع ذلك، من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين دولتي التشيك وهولاندا، في نزاعها مع الدولة التشيكية، مستغلة بذلك الجنسية الهولندية لمجموعة الشركات المندمجة فيها(١).

كما أن من شأن اعتماد معيار «الاندماج» في تحديد مفهوم «المجموعات» أن يدفع مستثمر إلى تقديم دعوى في مواجهة الدولة المستضيفة للاستثمار، التي يحمل جنسيتها، وذلك في حالة تأسيسه أو اندماجه في مجموعة شركات تحمل جنسية الدولة الطرف الأخرى.

أما بخصوص «المساهمين» في الشركات (Les actionnaires)، فعلى خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم العادي الذي يقوم على أساس اتفاق التحكيم، فإن الممارسة التحكيمية أبانت عن جواز لجوء المساهمين في الشركة المستثمرة إلى مسطرة التحكيم.

وفي هذا الإطار، لا بد من الإشارة إلى مجموعة من الأحكام التحكيمية الصادرة عن CIRDI، خاصة التي كانت دولة الأرجنتين طرفا فيها، من بينها قضية شركة (CMS Gas) التي تقدمت، بصفتها مساهمة في الشركة المستفيدة من الاستثمار، بطلب تحكيم في مواجهة الأرجنتين (3).

ويترتب عما سبق مجموعة من الآثار على الدولة، التي يمكن أن تنعكس سلبا على ماليتها وكذلك ترشيد الوسائل والإمكانيات (Economie de moyens) كما من شأن ذلك

(1) - الحكم التحكيمي الجزئي الصادر بتاريخ 16 مارس 2006.

(2) - الحكم التحكيمي في الاختصاص الصادر عن CIRDI بتاريخ 17 يوليوز 2003، منشور في: La jurisprudence du

.((CIRDI, Vol 1, Emamnuel Gaillard, Pedone, 2011, p. 793

صدور أحكام تحكيمية متعارضة بالإضافة إلى إمكانية منح تعويض مزدوج مبني على

نفس الأسباب.

الفقرة الثانية:

تجليات نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

إذا كان التحكيم يتمتع بمجموعة من المميزات، فإن الممارسة التحكيمية أبانت عن ظهور مجموعة من النواقص التي تعتلي هذه الآلية، كطول مدة التحكيم التي قد تصل في بعض الأحيان إلى أكثر من سنتين، وذلك لأسباب متعددة (على سبيل المثال، التأخير في تعيين المحكم وعدم الاتفاق على اختيار رئيس الهيئة التحكيمية وعدم سداد مصاريف التحكيم أو اتعاب هيئة التحكيم) وارتفاع المصاريف و التكاليف المرتبطة بهذه المسطرة (تبلغ في المتوسط التكلفة الاجمالية للدعوى التحكيمية الواحدة أكثر من مليار دولار أمريكي).

غير أن اعتماد التحكيم كآلية لتسوية المنازعات بصفة عامة ومنازعات الاستثمار بصفة خاصة أدى إلى ظهور العديد من النواقص والشوائب التي اعترت هذه المسطرة، ولا سيما حول مدى قدرته على تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة من قبل الدولة، فبعد أن بدأ التحكيم «متوازنا» أصبح اليوم «تحكيم يحاكم الدول المضيفة»، وتحول من وسيلة موازية لقضاء الدولة في تسوية المنازعات، إلى وسيلة بمقتضاها تفرض الشركات الكبرى شروطها على الدولة المستقبلة للاستثمار بل وأصبحت المنازعات المتعلقة بالتحكيم نفسها أكثر تعقيدا من المنازعات المعروضة أمام القضاء، فبعد أن كان المستثمر الأجنبي هو الطرف الضعيف في نزاعه مع الدولة، أصبحت هذه الأخيرة هي الطرف الضعيف (١) نتيجة التنازلات التي منحتها لفائدة المستثمر، مما أدى إلى تغليب المصالح الخاصة للمقاولات الأجنبية على المصلحة العامة للدول المضيفة للاستثمار.

P. et Ngwanza A. et Hamida Be W. et Mainguy D. et Jallamion C. et Duclerq C. par Etudes (1) Chavasse et M.

n°I, (Clunet) JDI 2016, mai 9 du colloque du actes Tattevin, G. et Henry M. et Fontmichel De janvier 2017,1.

ومن بين الانتقادات الموجهة إلى التحكيم في منازعات الاستثمار عدم اتساق المقررات

التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم والقدرة على التنبؤ بمآل القضايا التحكيمية، وهو الأمر الناتج عن عدم توحيد المفاهيم بين هيئات التحكيمية والتباين في تفسير الالتزامات الموضوعية وفي الاختلاف حول نطاق الاختصاص وقبول المطالبة التحكيمية وعدم الاتساق فيما يخص الإجراءات هذا بالإضافة إلى غياب آلية لمواجهة تعدد المساطر ومحدودية الآليات الحالية في مواجهة غياب الإتساق عن أحكام هيئات التحكيم وعدم صحتها، والذي يعتبر السبب الرئيسي في ذلك هو الارتباط الوثيق بين النظام الحالي لتسوية المنازعات ومضامين الاتفاقيات الدولية والتي في الغالب ما تتضمن أحكاما عامة، تمت صياغتها بطريقة فضفاضة تجعلها قابلة لعدة تأويلات وتفسيرات، إضافة إلى أن التباين في الأحكام التحكيمية قد يرجع إلى تنوع الأطراف في عملية التسوية ومحدودية إمكانية مراجعة مقررات التحكيم.

ومن بين تجليات عدم اتساق المقررات التحكيمية تباين تفسير بعض المفاهيم المرتبطة بالالتزامات الموضوعية المضمنة في اتفاقيات الاستثمار وبعض المساطر الاجرائية، التي من جملتها المفاهيم التالية:

- شرط المعاملة العادلة والمنصفة ؛
- شروط المظلة (Clauses parapluie)؛
- مبدأ الضرورة / الاعتبارات الأمنية الضرورية؛
- الظروف المواتية للاستثمار؛
- مفهوم الاستثمار؛

- مفهوم المستثمر؛
- شرط الدولة الأولى بالرعاية؛
- احترام فترة المطالبة الودية.

أ. المعاملة العادلة والمنصفة:

يعتبر شرط المعاملة العادلة والمنصفة من بين أهم الالتزامات الدولية للدول المستضيفة للإستثمار، حيث تتعهد الدول بموجب هذا الشرط بضمان معاملة مطابقة لقواعد القانون

الدولي العرفي ولمقتضيات العدالة والإنصاف، غير أنه يلاحظ وجود تباين وعدم اتساق فيما يخص تحديد محتوى هذا الالتزام، فرغم أن هناك نوع من الثبات حول محتواه من قبيل التشديد على الحاجة إلى إطار قانوني وتجاري يتميز بالاستقرار في الدول المضيفة والتخلي على سوء النية من جانب هذه الدول ومراعاة التوقعات المشروعة للمستثمر. إلا أن هناك أحكام تحكيمية تتوسع في تفسير مفهوم شرط المعاملة العادلة والمنصفة كما هو الشأن في الحكم الصادر بتاريخ 30 غشت 2000 في قضية Metalclad corporation ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/97/1)، والحكم الصادر بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية Tecnicas Medioambientales ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/00/2).

في المقابل هناك أحكام أخرى أكثر تتشددا في تفسير هذا الشرط كما هو الشأن في الحكم الصادر بتاريخ 30 أبريل 2004 في قضية Waste Management Inc. ضد الولايات المتحدة المكسيكية (ARB/00/3).

ويمكن ملاحظة تضارب التفسيرات التي تمنحها الأحكام التحكيمية لشرط المعاملة العادلة والمنصفة خصوصا فيما يتعلق بالمفاهيم التالية:

1. مفهوم الحرمان من العدالة (إنكار العدالة)

لطالما ناقشت الاحكام التحكيمية محتوى ومضمون مفهوم الحرمان من العدالة، فهل يتعلق الأمر بالحرمان الموضوعي من العدالة أو الحرمان الإجرائي فقط؟ لقد صدرت عدة أحكام تشير إلى وقوع حرمان إجرائي وموضوعي من العدالة دون أن يكون هناك دليل على ذلك، كما هو الشأن في الحكم الصارد بتاريخ 2 نونبر 2008 في القضية بين Jan de Nul N. V و Dredging International N.V ضد جمهورية مصر العربية (ARB/04/13).

كما أن هناك تعدد في التفسيرات وعدم اتساق حول معيار إثبات وقوع الحرمان من العدالة في سياق الحماية التي يوفرها بند المعاملة العادلة والمنصفة.

فبالنسبة لبعض الأحكام فإن الحرمان من العدالة في إطار القانون الدولي العرفي وشرط المعاملة العادلة والمنصفة لا ينفصلان، وقد تطورا ليصبحا

صيغة الحديثة للحرمان من العدالة (الحكم الصادر بتاريخ 29 يوليو 2014 في إطار قواعد الاونيسترال بين OAO Tatneft ضد أوكرانيا) كما قد نجد بعض الأحكام تشير إلى أن مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة يشير إلى مفهوم الحرمان من العدالة في القانون الدولي العرفي (قضية Iberdrola Energia S.A ضد جمهورية غواتيمالا، حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم 09/5/ARB الصادر بتاريخ 18 غشت 2012).

2. مفهوم التوقعات المشروعة للمستثمر:

ترتكز توقعات المستثمر على النظام القانوني للدولة المضيفة وعلى الالتزامات التي تعهدت بها وبالتالي فإن قيام الدولة بتعديل نظامها القانوني أو تعهداتها قد يشكل مخالفة لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، الأمر الذي يثير التساؤل

حول مدى اعتبار عدم تحقق التوقعات المشروعة للمستثمر بمثابة خرق لمعايير المعاملة العادلة والمنصفة، وعلى الآلية التي تستند عليها هذه التوقعات، هل يتعلق الأمر بالتزام من جانب الدولة المستضيفة للاستثمار أو قد تنشأ هذه التوقعات جراء مضامين النصوص القانونية؟

هذا النقاش لم تحسم فيه الأحكام التحكيمية، فهناك من يشير إلى أن حماية التوقعات المشروعة للمستثمر يمكن أن يكون مصدرها القانون، كما هو الشأن في الحكم التحكيمي الصادر عن مركز التحكيم التابع للغرفة التجارية في استكهولم بتاريخ 21 يناير 2016 في قضية Charanne and Construction Investments ضد اسبانيا (الحكم رقم V062/2012)، في حين هناك أحكاما تحكيمية تقر صراحة أو ضمنيا أن حماية التوقعات المشروعة للمستثمر قد يكون مصدرها التشريع أو القانون كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بتاريخ 12 ماي 2005 في القضية بين CMS Gas Transmission Company ضد جمهورية الأرجنتين (ARB/01/8) والحكم الصادر بتاريخ 30 نونبر 2012 في القضية بين Electrabel S.A ضد هنغاريا (ARB/07/19).

3. المعاملة العادلة والمنصفة وفق القانون الدولي :

هناك اختلاف بين هيئات التحكيم حول تفسير القانون الدولي لشرط المعاملة العادلة والمنصفة المضمن في اتفاقيات الاستثمار، إذ نجد موقفين:

الموقف الأول يعتمد على المعيار «الأدنى» للمعاملة، من منطلق أن اتفاقيات الاستثمار تشترط المعاملة العادلة والمنصفة دون تحديد موضوعها ونطاقها و دون التطرق لأي معيار معين، ووفقا لهذا الاتجاه فإن المعاملة العادلة والمنصفة ليست سوى تعبير عن القاعدة العرفية للمعيار الأدنى، التي تحدد

في الحالات القصوى لسوء معاملة الأجانب كسوء النية أو الازدراء أو الانتهاك المتعمد لواجب الدولة في اتخاذ الإجراءات الكافية لحماية الاستثمار، التي لا يمكن لأي رجل عاقل ومحايد أن يفشل في مراعاتها.

وفي هذا الخصوص، نجد الحكم الصادر بتاريخ 13 نونبر 2000 في القضية بين S.D. Myers, Inc. ضد حكومة كندا.

أما الموقف الثاني، وعلى خلاف الأول، فإنه لا يكفي لاحترام قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة الوفاء بالالتزام العرفي وفقا للمعيار الأدنى، وإنما يتطلب الأمر أكثر من ذلك من خلال إلزام الدولة بالقيام بمعاملة على أعلى مستوى وبكل تجرد، وفي هذا الخصوص نجد الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 29 ماي 2003 في قضية شركة Tecmed ضد المكسيك.

أ- شروط المظلة (Clauses Parapluie)

يستعمل شرط المظلة (Clause de parapluie) الوارد في اتفاقيات الاستثمار، في الغالب، من أجل منح حماية إضافية للمستثمر، وبناء على هذا الشرط تلتزم الدولة المستقبلة للاستثمار في اتفاقية الاستثمار باحترام جميع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة مع المستثمر(١)، و من ثمة فإن مخالفة الدولة لبنود العقد يرفعها إلى مصاف مخالفتها لبنود اتفاقية الاستثمار، ويطلق عليها شرط المظلة لأنها تضع الالتزامات التعاقدية تحت «مظلة» الحماية التي تمنحها اتفاقية الاستثمار للمستثمر و بمقتضى هذه الشروط فإن

مخالفة العقد تصبح مخالفة لاتفاقية الاستثمار(3)، وبذلك فإن هذا الشرط يعمل على توسيع النطاق الموضوعي للتحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار (3).

(1) Anthony C. Sinclair :

"The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection",

20 Arb. Int., (2004), p. 411- 434

Papers on International Investment, 2006/01 (OECD Publishing 2006).

(3) حاتم محمد عبد الرحمان:

«الإجراءات المتوازية في سياق تحكيم الاستثمار»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

جامعة عين شمس، كلية الحقوق، المجلد 60، العدد 2، دار المنظومة 2018، ص: 410.

و يثير شرط المظلة مجموعة من النقاشات الناتجة عن التضارب في موقف هيئات التحكيم من تفسيره، فمن جهة، هناك بعض الهيئات التحكيمية التي تعتمد التفسير الضيق (in dubio mitius) لهذا الشرط، وذلك بغية تفضيل الدولة عن المستثمر الأجنبي، من منطلق أن الدولة تتمتع بالسيادة(١)، وفي هذا الاطار فقد فسرت هيئة التحكيم في قضية شركة SGS ضد الباكستان شرط المظلة تفسيرا ضيقا معتبرة أنه يتعين على الجهة المدعية الادلاء بالتبريرات الواضحة والمقنعة بأن إرادة أطراف اتفاقية الاستثمار اتجهت نحو رفع المنازعات المتعلقة بالعقد موضوع النزاع إلى مصاف مخالفة الاتفاقية ، وأن شرط احترام الالتزامات الوارد في الاتفاقية لا يشير إلى العقود التي أبرمتها الباكستان و بما أن الجهة المدعية لم تدل بمبررات واضحة ومقنعة بذلك فإن هيئة التحكيم قضت برفض طلب الشركة المستثمرة الرامي إلى النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد(٦)؛

(1) M. Petsche :

«Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law »,

Journal of International Arbitration, 2020, Volume 37 Issue 1, p. 1 .

(2) جاء في الفقرتين 166 و 167 من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد

الباكستان

بتاريخ 6 غشت 2003 ما يلي:

asserts Claimant the what saying of short considerably falls 11 Article textually, Firstly, 166- «
it means. The

are guarantee" "constantly to is Party Contracting a which of observance the "commitments"
not limited to

the e.g., in, embedded be may to referred commitments The (175) commitments. contractual
municipal leg-

phrase The Party. Contracting a of measures unilateral other or administrative or islative
"constantly [to]

simply commitment contractual or administrative statutory, some of observance" the guarantee
does not to our

on obligation law international new a of acceptance and creation the signal necessarily mind,
the part of the

subject "commitments" the Further, before. none was there clearly where Party, Contracting
matter of Article

State the of commitments be itself, text the on violence excessive imposing without may, 11
itself as a legal

representative legal or units) government (local subdivision or entity office, any of or person,
thereof whose

of matter a As itself. State the to attributable responsibility, state on law the under are, acts
textuality therefore,

appears sentence, one only of entirety its in consisting while BIT, the of 11 Article of scope the
susceptible of

breaches that state to purport not does 11 Article of itself text The expansion. indefinite almost
of contract al-

considered (widely State a with concluded has it contract a to relation in investor an by leged
to be a matter of

of breaches of level the to "elevated" automatically are law) international than rather municipal
international

the out spell to sought has Claimant the while that us to appears it Thus, law. treaty consequences or inferences

it would draw from Article 11, the Article itself does not set forth those consequences.

under that namely, started, we which with principle accepted widely the 167.Considering general interna-

is State, another of investor an with State a by into entered contract a of violation a law, tional not, by itself,

the that consequences legal the that further considering and law, international of violation a Claimant would

and automatic so and scope, in reaching far- so are BIT the of 11 Article to attribute us have unqualified and

Party, Contracting a upon impact potential their in burdensome so operation, their in sweeping we believe

convincing and Clear Claimant. the by adduced be must evidence convincing and clear that evidence of

the of intent shared the indeed was such that evidence convincing and Clear what? Contracting Parties to

do We BIT. the in 11 Article incorporating in Treaty Protection Investment Pakistan Swiss- the not find

evidence other any to pointed been not have We 11. Article of itself text the in evidence such of the putative

common intent of the Contracting Parties by the Claimant.

ومن جهة أخرى فإن بعض هيئات التحكيم اعتمدت التفسير الموسع لشرط المظلة إذ

اعتبرت هذا الأخير يرفع المخالفات العقدية إلى مصاف المخالفات الاتفاقية وحسب

هذه الهيئة فإنه يتعين التمييز بين احترام الدولة لالتزاماتها وتنفيذها كالعقود المبرمة مع

المستثمر وبين موضوع و محتوى هذه الالتزامات فالمسائل المتعلقة بمحتوى هذه

الالتزامات تبقى ذات طبيعة عقدية والتي يجب تسويتها وفقا للقانون الوطني الواجب التطبيق (١).

ب. مبدأ الضرورة/ الاعتبارات الأمنية الضرورية

يستخدم مبدأ «الضرورة» على نحو مكثف في عدد من القضايا كآلية تعتمدها الدول كدفع أساسي أو كدفع تكميلي في حالة وجود شرط «الاعتبارات الأمنية الرئيسية»، وفي إطار مناقشة مفهوم «الضرورة» في الأحكام الصادرة عن CIRDI يتضح عدم الاتساق بين هيئات التحكيم واللجان المخصصة للنظر في طلبات إلغاء الأحكام التحكيمية، كما هو الشأن في قضية Sempra Energy International ضد جمهورية الأرجنتين قرار بشأن الطلب المقدم من جمهورية الأرجنتين لإلغاء قرار التحكيم (ARB/02/16) وقضية CMS قرار اللجنة بشأن (ARB/ضد جمهورية الأرجنتين (Gas Transmission Company 01/8 الطلب المقدم من جمهورية الأرجنتين لإلغاء قرار التحكيم الصادر في 25 شتنبر 2007، وقد رفضت اللجنة المخصصة طلب الإلغاء المقدم في قضية CMS على الرغم من عدم موافقتها على النهج التحليلي الذي اتبعته هيئة التحكيم.

(1) جاء في الفقرة 128 من الحكم التحكيمي في الاختصاص عن CIRDI في قضية شركة SGS ضد الفليبين في القضية

عدد ARB/02/6 بتاريخ 29 يناير 2004، ما يلي:

of breach a it makes X(2) Article point, this on conclusions Tribunals the summarize To 128. « the BIT for the host

has it which commitments, contractual including commitments, binding observe to fail to State assumed with regard

such of content or extent the of issue the convert not does it But investments. specific to obligations into an issue of

for payable is much how of issue the case, present the (in issue That law. international services provided under the

other of absence the In agreement. investment the by governed still is Agreement) CISS factors it could be decided

is Agreement CISS the of law proper The VIII(2). Article to pursuant constituted tribunal a by the law of the Philip-

ICSID the of 42(1) Article by apply to directed is Tribunal this event any in which pines,

Convention. On the other

position the Agreement, the over jurisdiction exclusive has tribunal or court other some if hand, may be different. »

ج. الظروف المناسبة للاستثمار

قدمت الاحكام التحكيمية الصادرة في اطار تسوية منازعات الاستثمار تفسيرات متباينة

وغير متسقة لإلتزام الدول المستضيفة بتهيئة الظروف الملائمة و المناسبة للاستثمار،

حيث اعتبرت بعض هيئات التحكيم أن هذا الالتزام ينحصر في تشجيع الظروف المواتية

للمستثمرين وتعزيزها، وليس التزاما إيجابيا قائما بذاته تنشأ عن حقوق موضوعية، كما

هو الحال في الحكم الصادر في إطار قواعد الاونيسترال بتاريخ 30 نونبر 2011 في قضية

White Industries Australia Limited ضد الهند.

وفي المقابل اعتبرته أحكام أخرى إلتزاما موضوعيا بتشجيع الظروف المواتية للمستثمرين

(قضية National Grid ضد جمهورية الأرجنتين الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2 نونبر

2008).

د. مفهوم الاستثمار والمستثمر

كما تم بيانه أعلاه، فإن مفهوم «الاستثمار» يثير مجموعة من النقاشات داخل حقل

التحكيم في منازعات الاستثمار، وذلك نتيجة التضارب الحاص في موقف هيئات

التحكيم بخصوص تحديد هذا المفهوم.

ونفس الملاحظة يمكن إبداؤها عند تحديد مفهوم «المستثمر» نتيجة التباين في تفسير

هيئات التحكيمي لصفة المستثمر، والخلاف حول تفسير مفهوم المقر الرئيسي للشركة

وفق القانون المحلي أو كمصطلح مستقل يفسر في إطار اتفاقية الاستثمار أو يفسر وفق

القانون الدولي العرفي وهل يتعلق الأمر بالمقر الفعلي للشركة أو بمكان تسجيلها.

فهناك أحكام تفسر مفهوم مقر الشركة على أنه «مكان الادارة الفعلية» كالحكم الصادر

بتاريخ 29 يناير 2016 في قضيةTenaris S.A وTrading e marketing Sociedade unidpessoal

والحكم الصادر بتاريخ 12 دجنبر 2016 بين ،(ARB/ضد جمهورية فنزويلا (11/26 Lda

ضد جمهورية فنزويلا Trading e Marketing Sociedade unidpessoal Lda, Tenaris S.A

(ARB/12/23).

وهناك أحكام أخرى تفسر مفهوم مقر الشركة على أنه «مكان تسجيل الشركة» كالحكم

الصادر بتاريخ 31 ماي 2017 فى قضيةOrascom TMT Investment S.a.r.l ضد الجزائر

(ARB/12/35) والحكم الصادر بتاريخ 26 يوليو 2016 في القضية بين Central European

Aluminium Company ضد الجبل الأسود (ARB/14/0).

كما لم تستقر هيئات التحكيم على تفسير معين لمدى سيطرة المدعي على الشركة

وأثرها على المطالبة لتحكيمية، هل يجب أن تكون هذه الصلة قانونية فقط أم واقعية أيضا؟

فعلى سبيل المثال، صرحت إحدى هيئات التحكيم أن نقل ملكية أحد الاستثمارات من

شركة إلى اخرى ليس كافيا للسماح لهذه الأخيرة بالبدء في اجراءات التحكيم أمام المركز

الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بالنظر إلى الحاجة إلى موافقة الأطراف (قضية Banro

Societe Aurifere du Kivu et du Maniema , American Ressources, Inc ضد جمهورية

الكونغو الديموقراطية (ABR/98/7).

وقد توصلت هيئة التحكيم أخرى إلى أنه «لا خلاف على أن صياغة المادة 25(2) (ب)

من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار لا تشترط شكلا وحدودا معينة

للسيطرة الاجنبية، وعلى وجه التحديد، لا تشترط صراحة السيطرة الفعلية والفعالة بل

السيطرة القانونية»، (قضيةHourani Caratube International Oil Company LLP ضد

جمهورية كازاخستان، (ARB/13/13، أما في الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 19 دجنبر

2007 في قضيةTSA Spectrum Argentina, S.A. ضد جمهورية الأرجنتين، (ARB/05/5)

فقد توصلت هيئة التحكيم إلى أنه من الضروري التيقن مما إذا كانت الشركة المحلية

خاضعة فعليا لسيطرة أجنبية.

٥. شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الأساسية التي تنظم العلاقات والمبادلات الإقتصادية الدولية، وتتعهد الأطراف بموجبه إلى عدم اللجوء إلى ممارسات تمييزية فيما بينها. وتلتزم الدول بموجب هذا الشرط بمعاملة الاستثمارات التابعة لدولة الطرف الثاني في المعاهدة أفضل معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي تتلقاها استثمارات أجنبية أخرى في نفس الظروف.

ويوجد تباين بين الأحكام التحكيمية في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية، فنجد أحكام تنص على أن هذا الشرط يسمح بتغيير مضامين اتفاقيات الاستثمار، نذكر منها على سبيل المثال، الحكم حول الاختصاص الصادر بتاريخ 25 يناير 2000 بين السيد Emilio Agustin Maffezini ومملكة اسبانيا، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار رقم ARB/97/7؛

والحكم الصادر في 20 يونيو 2006 بشأن المسائل الأولية المتعلقة بالاختصاص في قضية Gas Natural SDG, S.A ضد جمهورية الأرجنتين.

في المقابل هناك أحكام تحكيمية أخرى ترفض تغيير مضامين اتفاقيات الاستثمار بناء على شرط الدولة الأولى بالرعاية، ومن بينها مثلا، الحكم حول الاختصاص الصادر بتاريخ 8 فبراير 2005 في قضية Plama Consortium Limited ضد جمهورية بلغاريا، قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثماري رقم ARB/03/24، و الحكم الصادر بشأن الاختصاص بتاريخ 10 فبراير 2012 عن المحكمة الدائمة للتحكيم في إطار قواعد الاونيسترل في قضية Services limited (united Kingdom ICS Inspection and Control) ضد جمهورية الأرجنتين.

و. احترام مسطرة المطالبة الودية

من الشواغل التي يثيرها التحكيم في منازعات الاستثمار، المسألة المتعلقة بالاختلاف بين هيئات التحكيم حول مدى الزامية احترام فترة المطالبة الودية المضمنة في أغلب اتفاقيات الاستثمار، فهناك أحكام إعتبرت فترة التشاور أو المفاوضات مسألة ذات طابع توجيهي وإجرائي وليس لها طابع ملزم يتعلق بالاختصاص. ومن ثم لا يعد الإمتثال لهذا الشرط اجراء إلزامي مسبق لمنح الإختصاص للهيئة التحكيمية (الحكم التحكيمي

الصادر في قضية SGS ضد باكستان بتاريخ 31 يناير 2014،).

في حين إعتبر الحكم بشأن الإختصاص الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2010 عن هيئة التحكيم في قضية Murphy Exploration and Production Company International ضد جمهورية اكوادور، قضية رقم ARB/ 08/4، ، أن هذه الفترة إلزامية حيث جاء في الحكم أنه :

«وفقا (لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، لا يمكن تجاهل وجود القواعد الواردة في المادة السادسة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين (الولايات المتحدة وإكوادور) فيما يتعلق بالتزام الأطراف بمحاولة التفاوض من أجل تسوية المنازعات، القائمة بينها وعدم إمكانية اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية قبل انقضاء فترة الستة أشهر ... ترفض هيئة التحكيم دفع المدعى بأن فترة الانتظار التي تشترطها المادة (3) (أ) لا تمثل شرطا متعلقا بالاختصاص.»

المطلب الثاني :

آليات تجاوز نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

على الرغم من الشهرة الكبير التي أصبح يحتلها التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، فإنه يعاني بدوره من مجموعة من النواقص، الأمر الذي يحتم تدخل المجتمع الدولي المعني بالتحكيم من أجل محاولة تجاوز هاته النواقص (الفقرة الأولى) وإقرار آليات

تساعد على تحقيق الفعالية لا سيما عند الاعتراف وتنفيذ مقرراته التحكيمية (الفقرة الثانية).

4. الفقرة الأولى:

آليات تجاوز نواقص التحكيم في منازعات الاستثمار

من أجل تشجيع التحكيم واعتماده كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، وتحسين بيئة الاستثمار العالمية عبر تعزيز الإنصاف والنهوض بسياسات الاستثمار وإصلاح نظام تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين وجعله أكثر شفافية، فإن الضرورة أضحت تستدعي إصلاح الاختلالات التي يعاني منها التحكيم في منازعات الاستثمار لما لهذا الموضوع من أهمية بالنسبة للدول النامية، وذلك بغية تحقيق توازن بين حقوق والتزامات

المستثمرين الأجانب والاعتراف بحق الدول المستضيفة للاستثمار في التنظيم والتشريع حماية للمصلحة العامة.

والتحكيم وإن كان يعرف بعض المشاكل القانونية والصعوبات المسطرية، فإن الأمر لم يصل بعد إلى أزمة شرعية ووجود النظام التحكيمي بمجمله، وإنما يتطلب الأمر تصحيح هذه العيوب وتقويتها، بشكل يسمح بتحقيق الأهداف المتوخاة من التنمية الاقتصادية، هذه الوضعية دفعت بالفاعلين في القانون الدولي إلى البحث عن الآليات والوسائل القمينة بتفادي المخاطر الناجمة عن التحكيم و المخاطر المالية المرتبطة به أو على الأقل التقليل من حدتها، وذلك من خلال دراسة ومناقشة نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وفي هذا الصدد نادى المجتمع الدولي بضرورة إدخال تعديلات على نظام تسوية منازعات الاستثمار (RDIE) وكذلك إجراء تعديلات على نظام التحكيم المعتمد من قبل CIRDI، وهي التعديلات التي تشكل محور الاجتماعات التي تنعقد منذ سنوات سواء على مستوى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) أو على مستوى CIRDI، والتي تشارك فيها الوكالة القضائية للمملكة بكل

مهنية ومسؤولية، وهي التعديلات والاقتراحات المتعلقة بالمجالات التالية:

1. فيما يتعلق بمدلول «الانتظارات المشروعة للمستثمر»:

نتيجة تضارب موقف هيئات التحكيم حول مدلول «الانتظارات المشروعة للمستثمر» وما يشكله ذلك من مساس بالصلاحيات السيادية للدولة المستقبلة للاستثمار، لا سيما فيما يتعلق بحقها في التعديل التشريعي، فإن الضرورة تحتم تأطير بشكل دقيق الالتزامات التي يتعين على الدولة احترامها في مقابل الاحتفاظ لها بحرية التشريع في بعض الميادين والمجالات المحددة حصرا، وهي الالتزامات التي يتعين التنصيص عليها في عقد الاستثمار (Contrat d'investissement» المبرم بين الدولة المستضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، ومن ثمة لا يتعين تفسير «الانتظارات المشروعة للمستثمر» بكونها «شرط الاستقرار» (Clause de stabilisation). ومن هذا المنطلق لا يمكن للمستثمر التمسك بالشروط الواردة في اتفاقية الاستثمار، خاصة المتعلقة بالمعاملة العادلة و

المنصفة أو الانتظارات المشروعة للمستثمر لفرض التزام اتجاه الدولة يقضي بعدم إمكانية

إدخال تعديلات على قوانينها وتشريعاتها الوطنية؛
وبالتالي فإن أي تصرف تشريعي

يهدف إلى حماية المصلحة العامة للدولة لا يمكن اعتباره اخلالا بالتزاماتها الدولية

لمساسه اقتصاديا بالمستثمر،

2. فيما يتعلق باعتماد التحكيم المعجل:

لقد أبان التحكيم المنظم وفقا للمساطر المعمول بها حاليا عن قصوره وعدم تماشيه

مع فلسفة تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة، فقد تم وضع زمرة من الاقتراحات لتفادي

ذلك، من جملتها اعتماد التحكيم المعجل كآلية لتسوية المنازعات الاستثمارية.

ومن خلال الاطلاع على مجموعة من الكتابات المرتبطة بالتحكيم المعجل، وعلى

قلتها، فإن الغرض الأساس من هذا النوع من التحكيم هو الإبقاء على هذه الأداة لتسوية

النزاع الناشئ بين الأطراف، لكن وفقا لمساطر سريعة، منظمة ومؤطرة في كل مرحلة من

مراحل التحكيم، سواء في مرحلة ابرام اتفاق التحكيم أو مرحلة سريان مسطرة التحكيم

أو في مرحلة صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

ومن تجليات اعتماد السرعة أثناء اعتماد التحكيم، التقليص من مدة التحكيم والتخفيف

من مصاريف و تكاليف التحكيم، وذلك من خلال التقليص من عدد المذكرات

المتبادلة بين الأطراف المتنازعة عدم عقد جلسات التحكيم والتقليص من عدد الهيئة

التحكيمية من خلال الاكتفاء بمحكم فرد وتحديد آجال قصيرة عند تشكيل هيئة

التحكيم ونفس الأمر بالنسبة لإصدار الحكم التحكيمي.

3. فيما يتعلق بالمصاريف المرتفعة للتحكيم:

نظرا لما تشكله المصاريف المرتفعة للتحكيم من عبء على كاهل الميزانية العامة للدولة،

فقد تم اقتراح خلق إطار يتضمن آلية لمراقبة الطلبات المقدمة من قبل المستثمرين و

ذلك من أجل تجاوز لجوء المستثمر الأجنبي المبالغ فيه و «التعسفي» لآلية التحكيم، و

كذاك تشجيع «التحكيم السريع» والرفض التلقائي للطلبات غير المبنية، وذلك من أجل

تفادي عرض الدولة المستضيفة للاستثمار للمخاطر القانونية والمالية.

ومن أجل ذلك نقترح:

- خلق إطار يتضمن آلية لمراقبة الطلبات المقدمة من قبل المستثمرين وذلك من أجل تجاوز لجوء المستثمر الأجنبي المبالغ فيه و «التعسفي» لآلية التحكيم، لذلك ومن أجل تفادي عرض الدولة المستضيفة للاستثمار للمخاطر القانونية والمالية، نقترح تشجيع

«التحكيم السريع» و الرفض التلقائي للطلبات غير المبنية؛

- تشجيع اللجوء، بداية، إلى القضاء الوطني لتسوية المنازعات الناشئة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي ولمدة محددة (مثلا 12 شهر)، وذلك قبل اللجوء إلى نظام (RDIE)، على أن تكون المحاكم الوطنية هي المختصة للنظر في هذا النوع من النزاعات، ويتمتع القضاة فيها بالتخصص اللازم والضروري في هذه المادة و يتحلون بالحياد عندما تكون الدولة طرفا في النزاع.

4. فيما يتعلق بغياب الشفافية و تضارب المصالح:

لقد أبانت الممارسة التحكيمية عن غياب الشفافية و تضارب المصالح، مما قد يشكل مخاطر بالنسبة للتحكيم في منازعات الاستثمار، و ذلك ناتج عن العدد المحدود والمحصور للأشخاص الذين يمكن تعيينهم كمحكمين، الأمر الذي يؤدي إلى «تداور» المهام التي يقوم بها نفس الأشخاص، إذ يقومون في نفس الوقت بممارسة مهمة المحكم والمستشار والمحامي (خير دليل على ذلك تنحي، مؤخرا، المحكم السيدة Malotobi عن النظر في النزاع القائم بين الأرجنتين وأحد المستثمرين بعد أن تبين أن زوجها كان مستشارا لدى هذه الدولة)،

5. حول مشاركة الأطراف الغير المتنازعة (Parties non contestantes) في مسطرة التحكيم :

يشكل مشاركة الأطراف غير المتنازعة في مسطرة التحكيم مجموعة من الاشكالات الأمر الذي يثير مجموعة من الملاحظات، وهي كالتالي :

- حول الوضعية القانونية لهذه الأطراف غير المتنازعة، هل تعتبر

خصما أم طرفا مؤيدا لموقف أحد أطراف الدعوى التحكيمية، بالإضافة إلى طبيعة الملاحظات المقدمة من قبلها، هل هي ملاحظات عامة أم ملاحظات تتعلق بالوسائل المعتمدة من قبل الخصوم؛

- حول حدود تدخل هذه الأطراف غير المتنازعة في الدعوى التحكيمية، هل يشمل التدخل كذلك أمام محاكم الدولة عند منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو عند الطعن فيه بالبطلان؟

- حول الصلاحيات الممنوحة لمحكمة التحكيم في قبول أو رفض طلب الأطراف غير المتنازعة والإدلاء بموقفها، دون الرجوع إلى أطراف المنازعة التي يبقى لها الحق فقط في تقديم ملاحظات حول موقف الأطراف غير المتنازعة، الأمر الذي يثير ملاحظة حول الاقدام التعسفي لبعض المؤسسات والجهات، بإيعاز من الغير، على تقديم طلبات ترمي إلى الادلاء بموقفها من النزاع.

6. حول الإفصاح في حالة تمويل الغير لمسطرة التحكيم (Third paty funding):

من بين التعديلات المقترحة من قبل CIRDI ضرورة الإفصاح في حالة قيام الغير بتمويل المسطرة لفائدة أحد الأطراف، مع الادلاء باسم الغير الممول، وذلك بعد تسجيل طلب التحكيم بالمركز أو عند ابرام اتفاق التمويل من بعد التسجيل، كما أن كل من الطرفين ملزم بالإفصاح عن كل تعديل أو تغيير في المعلومات السابق الادلاء بها.

وبذلك فإن هذا المقترح من شأنه تعزيز مبدأ الشفافية في المنازعات المرتبطة بالاستثمار، وذلك من خلال مباشرة رقابة على الجهة المانحة، والتأكد من عدم المساس بمبدأ «عدم تضارب المصالح» غير أن التعديل المقترح يثير بعض الملاحظات، سيما فيما يتعلق بعدم التنصيص على الجزاء المترتب عن حالة عدم احترام هذه المقتضيات.

هذا بالإضافة إلى أن تمويل المسطرة التحكيمية من قبل الغير قد يؤثر على صيرورتها، خاصة في حالة ما إذا ما تدخل الممول، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في اختيار المحكمين أو الموفقين، الأمر الذي يستوجب توفر الشفافية أكثر خاصة فيما يتعلق بشخصية الممول وكذلك شروط «عقد التمويل».

زد على ذلك أن التعديل المقترح لم يحدد المقصود بالغير، هل يشمل شركات التأمين، في بعض أنواع من العقود كعقود «الحماية القانونية» المبرمة بين شخص طبيعي أو معنوي وشركة التأمين، التي تلتزم بتحمل المصاريف الضرورية للدفاع عن مصالح المؤمن له في حالة قيام النزاع، في المستقبل، حول تحويل قسط شهري، أو عقود «التأمين بعد الحادث» التي تغطي مصاريف الدعوى في حالة خسارتها من قبل المؤمن له، وهل يشمل الغير كذلك المؤسسات البنكية المانحة للقروض الموجهة إلى تمويل الدعاوى التحكيمية وكذلك المساهمات القضائية المقدمة من قبل الدول والتمويلات المقدمة من قبل الجمعيات، كما هو الشأن في قضية شركة Philipp Morris ضد الأورغواي، عندما تم تمويل المسطرة التحكيمية من قبل جمعية أمريكية و منظمات غير حكومية.

كما أن من شأن تمويل الغير السماح لهذا الأخير بالمساس بسرية الوثائق والمستندات، الأمر الذي يطرح التساؤل حول حماية هذه المعطيات، هل تخضع لنفس الحماية التي تخضع لها علاقة المحامي بموكله، وذلك في ظل غياب إطار قانوني وطني أو دولي لهذا النوع من الخدمات، الذي يتطلب إدخال تعديلات جوهرية على هذا المقتضى.

7. حول الدمج أو التنسيق في مسطرة التحكيم (Consolidation ou coordination d'arbitrage)

من بين التعديلات المقترحة دمج المساطر التحكيمية، وهو الدمج الذي يكون إما اختياريا بالاتفاق بين الأطراف، وهي الآلية التي سبق العمل بها على مستوى CIRDI في مجموعة من القضايا التحكيمية كقضية شركة France Telecom ضد الدولة اللبنانية (الدمج المباشر) كما تم العمل بها في قضية شركة «سالينى» ضد الدولة المغربية، مع اختلاف أن موضوع الاتفاق كان حول الاحتفاظ بنفس الهيئة التحكيمية للنظر في نزاع نزاعين معروضين على CIRDI (الدمج غير المباشر)؛

كما أن هناك نوع آخر من الدمج وهو الدمج الملزم (Consolidation imposee) الذي نصت عليه بعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، كالمادة 11 من معاهدة ELENA.

ويعتبر الدمج الاتفاقي للمساطر التحكيمية آلية وأداة فعالة في يد طرفي النزاع، إذ تمكن الجهة المدعى عليها من مواجهة والتصدي للطلبات المتعددة المقدمة من قبل الجهة المدعية بخصوص نفس الوقائع، كما تمكن هذه الآلية من محاربة وسائل الدفاع التعسفية، هذا بالإضافة إلى أن من ايجابيات الدمج التقليص من المصاريف وتفادي مخاطر التفسيرات المتضاربة أمام محاكم التحكيم.

وفي ذات السياق وتفاديا للتضارب بين الأحكام التحكيمية وبين المصالح، فإنه يتعين البحث عن «آلية متعددة الأطراف» تتوخى تسوية المنازعات الناتجة اتفاقيات الاستثمار، كما هو الحال بالنسبة للمشروع المقدم من قبل الاتحاد الأوربي المتعلق بإنشاء محكمة دولية دائمة لفض منازعات الاستثمار، غير أن البحث عن هذه الآلية لازالت مجرد «فكرة» مطروحة أمام المهتمين في مجال تحكيم الاستثمار وتتطلب سنوات من الدراسة والتمعن، قصد بلورتها على أرض الواقع؛

غير أن هذه الإجراءات والآليات وحدها غير كافية لمعالجة اشكالية صحة وانسجام الاحكام التحكيمية، فالتفسير الملزم على سبيل المثال لا يمكن استخدامه سوى في ظروف محدودة، كما أن صياغة اتفاقيات الاستثمار بعناية لا يضمن القدرة على التنبؤ لكون الأفكار المجردة دائما ما تكون عرضة للتفسير والتأويل.

الفقرة الثانية:

تمتاز المقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI بنظامها الخاص سواء فيما يتعلق بالاعتراف بها وتنفيذه (أولا) أو فيما يتعلق بمراجعتها والطعن فيها (ثانيا).

أولا:

الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية:

إذا كان التحكيم يعتبر الآلية الفضلى لتسوية منازعات الاستثمار أبان عن نجاعته، على الرغم من بعض الانتقادات الموجهة إليه، فإن فعاليته لا تكتمل دون تنفيذ المقررات التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم.

وفي هذا الإطار، فإن لاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى يخضع للمواد 53 و 54 و 55 من هذه الاتفاقية، وهي النصوص التي تؤكد على الاستقلال التام لنظام الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمة الصادرة عن CIRDI عن أي نظام قانوني وطني، فلا محل لقانون مقر التحكيم ولا أهمية له بالنسبة للدول الأطراف في اتفاقية واشنطن، و ذلك على عكس أي تحكيم آخر.

وفي هذا السياق، فإن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية والقواعد الدولية والمحلية الأخرى التي تنظم تنفيذ مقررات التحكيم الأجنبية لا

تطبق، من حيث المبدأ، عند الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن CIRDI وتنفيذها، ومع ذلك تبقى اتفاقية نيويورك قابلة للتطبيق في حالة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن CIRDI في حالة ما إذا كانت دولة مقر التنفيذ ليست طرفا في اتفاقية واشنطن.

إن ما يحفز الدول على الامتثال للحكم الصادر عن CIRDI هو اعتبار عدم تنفيذه قد يؤثر سلبا على «مكانتها» وسمعتها الدولية، كما قد يكون له أيضا تأثير على تصنيف مخاطر الائتمان للدولة، وإمكانية ولوجها إلى أسواق رأس المال الخاص أو الاستفادة من برامج المعاملة التفضيلية الوطنية، لا سيما إذا علمنا أن مركز CIRDI، تابع للبنك الدولي.

ومن أجل الاعتراف وتنفيذ المقرر التحكيمي الصادر عن CIRDI في مقر الدولة، فإن

الفقرة 2 من المادة 54 من اتفاقية واشنطن، نصت على أنه يتعين على الطرف الذي صدر المقرر لصالحه تقديم نسخة مطابقة للأصل موقع عليها من الكتابة العامة للمركز المذكور أمام المحكمة المختصة في بلد التنفيذ، ويخضع تنفيذ المقررات التحكيمية إلى نفس المقتضيات القانونية المنظمة لتنفيذ الأحكام القضائية في بلد التنفيذ، وذلك تماشيا مع الفقرة الأخيرة من المادة 54 المشار إليها أعلاه.

و إذا كانت اتفاقية واشنطن تنص في المادتين 53 و 54 على أن مقرر التحكيم يعتبر ملزما وواجب التنفيذ، فإن المادة 55 من ذات الاتفاقية تنص على أنه لا يمكن اعتبار المقتضيات التي جاءت بها المادة 54 كاستثناء على تطبيق القانون الساري في بلد التنفيذ والمتعلق بحصانة التنفيذ، ومن ثمة يمكن للدولة التمسك بحصانة النفيذ، ما لم تتنازل عنها طبقا لمقتضيات المواد 18 و 19 و 20 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية المؤرخة في 17/01/2005، فإبرام اتفاق التحكيم والتنازل عن حصانة التقاضي لا يعني التنازل ضمنيا عن حصانة التنفيذ.

إذ جاء في المادتين 18 و19 من الاتفاقية المذكورة ما يلي:

«المادة 18:

حصانة الدول من الإجراءات الجبرية السابقة لصدور الحكم

لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية سابقة لصدور الحكم، مثل إجراءات الحجز، والحجز التحفظي، ضد ممتلكات دولة ما في ما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إلا في الحالات التالية وفي نطاقها:

(أ) إذا كانت الدولة قد وافقت صراحة على اتخاذ إجراءات من هذا القبيل على النحو المبين :

[1] باتفاق دولي ؛

[2] أو باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب؛

[3] أو بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية بعد نشوء نزاع بين الطرفين؛

(ب) أو إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى.

المادة 19:

حصانة الدول من الإجراءات الجبرية التالية لصدور الحكم

لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية تالية لصدور الحكم، كالحجز والحجز التحفظي والحجز التنفيذي، ضد ممتلكات دولة ما فيما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إلا في الحالات التالية وفي نطاقها:

(أ) إذا كانت الدولة قد قبلت صراحة اتخاذ إجراءات من هذا القبيل على النحو المبين:

[1] باتفاق دولي؛

[2] أو باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب؛

[3] أو بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية بعد نشوء نزاع بين الطرفين؛

(ب) أو إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى؛

(ج) أو إذا ثبت أن الدولة تستخدم هذه الممتلكات أو تعتزم استخدامها على وجه التحديد لأغراض أخرى غير الأغراض الحكومية غير التجارية، وأنها موجودة في إقليم دولة المحكمة شريطة أن يقتصر جواز اتخاذ الإجراءات الجبرية اللاحقة لصدور الحكم على الممتلكات المتصلة بالكيان الموجهة ضده الدعوى.

المادة 20:

أثر القبول بالولاية القضائية على الإجراءات الجبرية

في الحالات التي تستلزم بموجب المادتين 18 و19 قبول الإجراءات الجبرية، لا يعتبر قبول ممارسة الولاية القضائية بموجب المادة 7 قبولا ضمنيا لاتخاذ الإجراءات الجبرية».

وقد أبانت التجربة العملية أنه في كثير من الحالات تتجنب الدول التنفيذ الفوري للمقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI، وذلك عن طريق تقديم طلب لإبطال هذا المقرر، وهو الطعن المنصوص في اتفاقية واشنطن، وفق الحالات المدرجة في المادة 52 من هذه الاتفاقية.

ثانيا:

مراجعة وإبطال المقررات التحكيمية

كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإنه طبقا للمادة 53 من اتفاقية واشنطن فإن المقررات التحكيمية الصادرة عن CIRDI لا يمكن أن تكون محل استئناف أو أي طعن، غير أنه يمكن لأحد الأطراف طلب مراجعة (Revision) المقرر التحكيمي في حالة اكتشاف واقعة من شأنها التأثير بشكل تقريري على المقرر التحكيمي، شريطة أن تكون هذه الواقعة لم تكن معروفة قبل صدور المقرر، وذلك طبقا للمادة 51 من اتفاقية واشنطن.

يقدم طلب المراجعة أمام هيئة التحكيم التي أصدرت المقرر التحكيمي، وفي حالة تعذر ذلك يعرض الطلب أمام هيئة تحكيمية جديدة.

كما يمكن الطعن بالبطلان ضد المقرر التحكيمي بطلب من أحد الأطراف، في الحالات المحددة في المادة 52 من اتفاقية واشنطن، وذلك كما يلي:

- وجود غلط عند تشكيل هيئة التحكيم؛
- تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها بشكل واضح؛
- رشوة عضو من أعضاء هيئة التحكيم؛
- عدم ملاحظة بشكل جلي لقاعدة مسطرية أساسية؛
- عدم التعليل.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الطعن بالبطلان يكون أمام لجنة خاصة من ثلاثة محكمين، التي يمكنها، إذا ما ارتأت ذلك، الأمر بإيقاف تنفيذ المقرر التحكيمي موضوع الطعن إلى حين البت في الطلب.

وفي حالة ابطال المقرر التحكيمي، يتم عرض النزاع، بطلب من الطرف الأكثر استعجالا، من جديد امام هيئة تحكيمية.

هذا، ومن أجل تجاوز بعض الاشكاليات التي تعترض مسطرة التحكيم أمام CIRDI فقد أدخلت بعض التعديلات على النظام التحكيمي لهذا المركز، أهمها:

فتح إمكانية تقديم الطلبات المضادة من قبل الدول المستقبلة للاستثمار، وذلك في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، إذ يتعين تقديم الطلب المضاد على أبعد تقدير عند

تقديم المذكرة الجوابية:
وهو ما نصت عليه المادة 48 من نظام التحكيم؛

- وضع آليات من أجل تقوية الشفافية عن طريق نشر الأوامر والأحكام التحكيمية مما يساعد على الاتساق بين موقف هيئات التحكيم، إذ نصت المادة 62 الفقرة 4 من نظام التحكيم أنه عند غياب اتفاق الأطراف تنشر الكتابة العامة مقتضيات من الحكم التحكيمي مع إخفاء المعلومات السرية أو المحمية؛

- وضع أليات جديدة تتعلق بالتحكيم المستعجل (Arbitrage accelere)، إذ أكدت المادة 75 من نظام التحكيم أنه يمكن لأطراف نزاع تحكيمي معروض أمام CIRDI الاتفاق على التسريع والتعجيل بمسطرة التحكيم، وفق الإجراءات المحددة في نظام التحكيم من المواد 75 و86، والتي تمتاز بقصر مدة البرنامج المسطري وكذا المذكرات المستدل بها من قبل الأطراف؛

- ضبط مشاركة الأطراف غير المتنازعة في (Parties non contestantes) مسطرة التحكيم، وذلك من خلال إلزام هذه الأطراف بتقديم طلب الترخيص لها من أجل الادلاء بموقفها من النزاع، وهو الطلب الذي تبت فيه هيئة التحكيم وللأطراف المتنازعة الحق في الاعتراض عليه كما للأطراف الأخيرة الادلاء بملاحظاتها الكتابية في حالة الترخيص للأطراف غير المتنازعة الادلاء بمذكرتها الكتابية، المادة 67 من نظام التحكيم؛

- الإفصاح عن اسم وعنوان وجميع المعلومات المتعلقة بالغير الممول لمسطرة التحكيم، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك في حالة تمويل الغير لمسطرة التحكيم (funding third party)، المادة 14 من نظام التحكيم؛

- يمكن للأطراف التي لها نزاعين أو أكثر معروضة أمام المركز ووفقا لنظامه أن تتفق على دمج أو التنسيق في مسطرة التحكيم (Consolidation ou coordination d'arbitrage)

شريطة أن تكون الدعاوى مسجلة بالمركز وتتعلق بنفس الدولة، مما يساهم في التقليص من مدة وزمن التحكيم وتكاليفه.

وعلى الرغم من ذلك تبقى هناك بعض الشواغل المرتبطة بقضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتشكل نقطا سوداء في هذا النظام التحكيمي تكمن أساسا في عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم، مما ينعكس سلبا على الثقة المشروعة في هاته المقررات وتحول دون تحقيق الأمن القضائي بها، علاوة على الشواغل المتعلقة باستقلال وحياد صناع القرار التحكيمي، وطول إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وارتفاع تكلفتها واشكالية توزيع التكاليف من جانب هيئات التحكيم بين المستثمرين والدول والصعوبات التي تواجه الدول التي يحكم لصالحها في استعادة بعض التكاليف أو كلها من المستثمرين المدعين والحاجة إلى وضع قواعد لضمان استرجاع التكاليف علاوة على غياب آليات لمعالجة الطلبات الكيدية والعبثية، لدا فالمأمول من أجل تجاوز مخاطر التحكيم أو استصواب تلك الشواغل المستبانة والعمل على إصلاحها نقترح ما يلي:

- أن توفر سياسات الاستثمار اليقين القانوني والحماية الفردية للمستثمرين والاستثمارات، وسبل الوصول إلى الآليات الفعالة لدرء المنازعات وتسويتها في إبانها، وأن تتم إجراءات ومسطرة تسوية المنازعات بالإنصاف والانفتاح والشفافية، وتوفير الضمانات الملاءمة لمنع التجاوزات، وضمان نفاد المقررات التحكيمية، وتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الدول من جهة، وحقوق والتزامات المستثمرين من جهة أخرى، والتعجيل بوضع آليات فعالة لمعالجة المطالبات المجانية، ومسائل التمويل لتكاليف التحكيم من طرف ثالث باعتبار تأثير ذلك سلبا على الأداء العام لنظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

ولعل الخيارات الممكنة في إصلاح نظام التحكيم أيضا تعزيز سيطرة الدول المتعاقدة على صكوكها عن طريق تنقيح المعاهدات الاستثمارية أو تعديلها أو تحديثها، والحرص على اتساق وتماسك المقررات التحكيمية لما من شأن ذلك أن يدعم سيادة القانون ويزيدا الثقة في استقرار البيئة الاستثمارية مما سيضفي المزيد من الشرعية والمشروعية على نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار.

والله ولي التوفيق

11. دور الصلح في إنهاء المنازعة الغابوية

من إعداد:
عبد الرحيم ازغودي

رئيس قسم القضاء الشامل بالوكالة القضائية للمملكة

مما لا شك فيه أن التشريع الغابوي المغربي! قد اهتم بالجانب الردعي، ونص على مقتضيات زجرية تروم محاربة الاعتداء على الملك الغابوي، وذلك عن طرق متابعة المخالفين لهذا التشريع وإحالتهم على المحاكم المختصة قصد محاكمتهم، غير أن هذه الوسيلة لا تفض دائما إلى نتائج مرضية، ما دفع المشرع إلى إحداث آلية بديلة لفض المنازعات الجنائية الغابوية والتي تتمثل في الصلح الغابوي.

وتعتبر المصالحة إحدى الآليات البديلة لفض المنازعات الغابوية الجنائية بطرق «ودية»،

وتؤدي دورا فعالا في تجنيب الطرفين، الإدارة ومرتكب المخالفة الغابوية، تعقيدات

(1) نتحدث هنا عن التشريع الحالي الذي يتضمن مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية التي صدرت منذ بداية

القرن الماضي إلى الآن، علما بأن الوكالة الوطنية للمياه والغابات التي تم إحداثها بمقتضى القانون 52.20 (منشور في

الجريدة الرسمية عدد 7006 وتاريخ 22 يوليوز 2021 الصفحة (5639 بصدد انجاز مشروع قانون يرمي إلى جمع هذه النصوص

التشريعية والتنظيمية في إطار قانون واحد يتعلق بحماية الملك الغابوي وتدبيره.

(2) ينص الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها (منشور في الجريدة الرسمية عدد

235 وتاريخ 29 أكتوبر 1917، الصفحة 901) على ما يلي:

«يجوز لإدارة المياه والغابات أن تجري الصلح مع من ارتكب مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بهذا الظهير الشريف، وإذا صدر الحكم، فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعائر، والتعويضات المدنية، ولا يمضي الصلح إلا بعد موافقة رئيس إدارة المياه والغابات عليه «.

يتبين من هذا النص القانوني أن المشرع المغربي أجاز لإدارة المياه والغابات إمكانية إبرام الصلح مع المخالف للتشريع

الغابوي، سواء قبل صدور الحكم أو بعد صدوره، غير أن ما يلاحظ على هذا النص، أنه استعمل مصطلح «الصلح »،

للتعبير عن الإجراء المتخذ من الطرفين لإنهاء النزاع بوسيلة حبية وودية، أما ظهير 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة الصيد،

فقد استعمل في الفصل 10 مكرر مفردة:
«مصالحة»، في حين ورد في قانون المسطرة الجنائية مصطلح:
«الصلح «، أما

الدورية رقم 4787 الصادرة بتاريخ 08 شتنبر 2009 عن المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر، فقد استعملت

مفردة:
» التصالح « حيث عنونت بالدورية « حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية»، وجاءت مقتضياتها المضمنة

فيها منسجمة مع العنوان، حيث استعملت نفس المفردة «التصالح».

أما المشرع الفرنسي فيميز بين ثلاثة مفاهيم:
وهي الصلح (La transaction) والتسوية الجنائية (La composition penale)،

ثم الوساطة الجنائية (mediation penale La).

وهذا الاختلاف لا يظهر بين هذه المفردات من الناحية اللغوية فحسب، على الرغم من أنها تنحدر من الجذر الطبيعي

نفسه، وإنما يتجلى أيضا على مستوى الشروط والإجراءات وكذلك على مستوى الآثار القانونية.

(3) ستستعمل عبارة «إدارة المياه والغابات» للتعبير عن الجهة الإدارية المكلفة بتدبير الملك الغابوي، وهي حاليا الوكالة

الوطنية للمياه والغابات، وذلك انسجاما مع النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول حاليا والتي تستعمل هذه

العبارة.

وسلبيات الدعوى القضائية، خصوصا من زاوية معوقات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية

الصادرة لصالح الدولة في جميع أجزائها، سواء تعلق الأمر بالعقوبات الحبسية، أو

التعويضات المالية. وهنا تكمن أهمية مسطرة المصالحة التي تحول دون ضياع الوقت، وهدر المال وجهد الإدارة في استصدار حكم قد ينفذ وقد لا ينفذ !.

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى نظام الصلح في المواد الجنائية، بعلة مخالفته للمبادئ الأساسية للقانون الجنائي، وللتعارض القائم بين الدعوى الجنائية، والصلح، فإن إدارة المياه والغابات تفضل اللجوء إليه أحيانا، لفض النزاع الجنائي الغابوي، لما تحققها من مزايا، ومكاسب مادية لفائدة خزينة الدولة، كما يفضلها المتهم، تجنبا لعرضه على القضاء.

وتترتب عن إبرام الصلح نتائج هامة وآثار مؤثرة في المراكز القانونية للطرفين، تختلف أهميتها، ويتسع نطاقها ويضيق بحسب المرحلة أو الفترة التي أبرم فيها الصلح، فيتم التمييز بين الحالة التي يبرم فيها هذا الأخير قبل صدور الحكم، أو بعده.

وسواء أبرم في هذه الفترة أو تلك، يرتبط الصلح بواقعة الاعتراف بالمخالفة الغابوية من طرف المتصالح، وكذا بالإقرار باستحقاق الدولة للبقعة الأرضية المترامى عليها، في حالة ما إذا كانت المخالفة الغابوية تتعلق بالترامي على الملك الغابوي؛

ومن أجل مناقشة هذه النقط الثلاث، وتفكيك الإشكالات المرتبطة بها، سيم تناول هذا الموضوع من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول:

الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي؛

المبحث الثاني:

الصلح الغابوي بعد صدور الحكم القضائي؛

(1) - محسن الصويب:

الملك الغابوي وقواعد حمايته جنائيا، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى، السنة 2016. الصفحة 158.

المبحث الثالث:

الصلح الغابوي وتأثيره على الاعتراف بالفعل الجرمي وبالإقرار باستحقاق الدولة للعقار المترامي عليه.

المبحث الأول:

الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي

يترتب عن إبرام الصلح الغابوي قبل صدور الحكم القضائي، انقضاء الدعوى العمومية وسقوطها (المطلب الأول)، وتبعا لذلك يسقط حق الإدارة في إقامة الدعوى المدنية التابعة، والمطالبة بالحق المدني في مواجهة المتصالح (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

سقوط الدعوى العمومية

لعل أهم نتيجة تترتب عن إبرام الصلح الغابوي هي سقوط الدعوى العمومية ، وتبعا لذلك يتجنب المتهم متابعته جنائيا أمام القضاء، كنتيجة مباشرة عن هذا التصرف القانوني (الفقرة الأولى)، غير أن مرتكب المخالفة قد يستغل ، في بعض الحالات، موافقة الإدارة على إبرام الصلح، والذي قد تستغرق إجراءاته وقتا طويلا، قد تفوق آجال تقادم المخالفة الغابوية، فيعمل على إفشال هذه المسطرة قبل المصادقة عليها ، أو يطعن فيها بعد إبرامها ، ليفسح المجال أمام نفسه للدفع بتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بهذه المخالفة ، ما يطرح التساؤل حول ما إذا كانت إجراءات إبرام الصلح تعد سببا لقطع التقادم! (الفقرة الثانية)، أو وقف آثار سريانه"، وبالتالي وقف الدعوى العمومية الغابوية (الفقرة الثالثة).

(1) - يقصد بانقطاع التقادم اعتبار المدة التي مضت قبل السبب القانوني للتقادم لاغية، فلا تحتسب فيه بل تبدأ مدة

التقادم من جديد في السريان من تاريخ الانقطاع.

- عمر أبو الطيب:

الدعوى العمومية، شركة بابل للطباعة، والنشر، والتوزيع - الرباط، الطبعة الأولى، السنة 1995، الصفحة

.262

وفي هذا الصدد، تنص المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

«يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده، وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة

السابقة».

(2) - تنص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة (6) من قانون المسطرة الجنائية، المتعلقة بوقف التقادم، على ما يلي:

«يبدأ التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي ترتفع فيه الاستحالة لمدة تساوي ما بقي من آمده في وقت توقفه».

ومعنى ذلك أن وقف التقادم، يختلف عن قطع التقادم في إضافة المدة التي بقيت من أجل التقادم فقط، إلى

المدة

المنصرمة، قبل توقف سريانه، ولا تحتسب مدة التقادم المنصرمة.

الفقرة الأولى:

انقضاء الدعوى العمومية الغابوية

لم يحدد الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها بصفة صريحة، النتائج المترتبة عن إبرام الصلح الغابوي، وإنما اكتفى بتحديد نطاقه، ومجاله، مميزا بين الصلح المنعقد قبل صدور الحكم، وذلك المبرم بعد صدوره.

غير أنه يتبين من الرجوع إلى القواعد العامة المضمنة في قانون المسطرة الجنائية، بأن المشرع المغربي حدد صراحة آثار الصلح الجنائي، وذلك حين نصت المادة الرابعة (4) منه على ما يلي:

«تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم، وبالعفو الشامل، وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.

وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك، ...... ».

يتبين إذن، من هذا المقتضى القانوني، أن إبرام الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية، لكن ما يلفت الانتباه، هو الصياغة التي وردت بها هذه المادة، والتي أوقفت سقوط الدعوى العمومية بالصلح، على وجود نص قانوني ينص على ذلك صراحة؛ فهل يتعلق هذا الشرط القانوني بالتنصيص على إمكانية إبرام الصلح في بعض الجرائم، والتي يترتب عنها سقوط الدعوى العمومية بصفة تلقائية، أم أنه يتعلق بضرورة وجود نص قانوني خاص وصريح، يتضمن عبارات تفيد سقوط الدعوى العمومية، فيما يتعلق بهذه الجرائم بالذات؟

من المعلوم أن قانون المسطرة الجنائية، ومجموعة القانون الجنائي العام، يحددان الإطار العام لآثار الصلح الجنائي، باعتباره سببا من أسباب سقوط الدعوى العمومية، بينما تتولى

التشريعات الخاصة تحديد تفصيلات، ودقائق هذه الآثار، ولذلك ليس هناك داع لأن تنص هذه التشريعات الخاصة على الأثر المترتب عن الصلح، باعتباره سببا من أسباب سقوط الدعوى العمومية !. ومعنى ذلك أنه يكفي أن ينص المشرع على إمكانية إبرام الصلح في نوع من الجرائم ليترتب عنه تلقائيا هذا الأثر.

غير أن الطبيعة الخاصة، والمتميزة لهذه التشريعات، والتي تجعلها تختلف في كثير من المقتضيات عن المبادئ العامة، سواء فيما يتعلق بالعقوبات وأصنافها، وكذا الدعاوى التي تترتب عن هذه الجرائم، تدفع المشرع إلى التنصيص على تفصيلات، ومقتضيات خاصة، تتعلق بآثار الصلح؟، وهو ما لم يفعله التشريع الجنائي الغابوي، من خلال الفصل 74 المشار إليه. وعلى الرغم من ذلك، لا يمكن أن يزال الأثر المسقط للصلح في المخالفات الغابوية، ما دامت المقتضيات الواردة في القوانين العامة، تعتبر كافية في حد ذاتها لترتيب هذه النتيجة. وتبعا لذلك ،فأي قانون يجيز الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية، سواء كان تشريعا اقتصاديا، أو ماليا، أو بيئيا، أو أي قانون آخر"، وبما أن الفصل 74 يجيز لإدارة المياه والغابات إبرام الصلح، فإنه لا يخرج عن هذه القاعدة.

وفي هذا الصدد، يرى أحد الباحثين إنه إذا أجاز القانون الصلح مع المخالف في جريمة من الجرائم الاقتصادية، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية، حتى ولو لم ينص

(1) - محمد الشلي:
المصالحة الجمركية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس اكدال- الرباط، السنة الجامعية -2008 2009، الصفحة 497.

(2) - ينص الفصل الحادي عشر (11) من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 30 غشت 1949 في زجر ما يرتكب من المخالفات للضابط المتعلق بالصرف على ما يلي:

«يسوغ لمدير المالية أو لنائبه أن يتصالح مع مرتكب الجنحة، ويعين بنفسه شروط تلك المصالحة، وسيؤدي نزع شكايته

قبل صدور الحكم إلى التخلي عن المتابعات ..... ».

(الجريدة الرسمية عدد 1929 بتاريخ 14 أكتوبر 1949، الصفحة 1903).

كما ينص الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المغربية على ما يلي:

«للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة

الجمركية.

إذا وقع الصلح وصار نهائيا قبل الحكم النهائي، ترتب عليه بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة انقضاء دعوى النيابة العامة،

ودعوى الإدارة، وإذا وقع بعد حكم نهائي، فإنه لا يسقط عقوبة الحبس، والتدبير الوقائي الشخصي المنصوص عليه في

الفقرة 1 من الفصل 220 من المدونة».

(3) - محمد حكيم الحسين حكيم:
النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة

العربية، القاهرة، الطبعة 2002، الصفحة 276.

المشرع على ذلك صراحة، وذلك بالاستناد إلى السياسة العامة التي تحكم نظام الصلح

في الجرائم التي تجيز ذلك؛
فحصول الدولة على مقابل الصلح من المخالف يقابله

انقضاء الدعوى الجنائية تجاه هذا الأخير ! .

لذا، يترتب عن إبرام الصلح قبل صدور الحكم، سقوط جميع المتابعات أمام المحاكم

الزجرية، وما يترتب عنها من عقوبات، سواء كانت حبسية أو مالية، كما يمتد هذا الأثر

إلى التدابير الوقائية.

غير أن اتخاذ الموقف المناسب تجاه هذه النتائج، تختلف حسب المرحلة والفترة التي

وصل إليها ملف النزاع؛
فإذا كانت القضية ما تزال بين يدي الإدارة، فإنها تقوم بحفظ

الملف، وتغلقه نهائيا بعد المصادقة على الصلح، وتنفيذ بنوده من طرف المتصالح، أما

إذا كان الملف معروضا أمام النيابة العامة، فإن الإدارة توجه إليها طلبا مكتوبا يرمي إلى

حفظ القضية.

وإذا كانت هاتان المرحلتان لا تثيران أية تساؤلات، مادام الأمر يتطلب اتخاذ قرار الحفظ

النهائي للقضية، سواء من طرف الإدارة أو من طرف النيابة العامة3، فإن الأمر على خلاف

ذلك عندما يكون الملف معروضا على أنظار المحكمة، وقبل أن تبت فيه. فما هو الحكم

الذي ستصدره هذه الأخيرة؛

هل تقضي ببراءة المتهم، أم بسقوط الدعوى العمومية؟

سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، أن أصدر قرارا عالج فيه هذه النقطة،

لكن فيما يتعلق بسقوط الدعوى العمومية بالتقادم، حيث قضى بأن:

(1) - سعادي عارف محمد صواطفة:

الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة لنيل درجة الماجستر في القانون العام، كلية

الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، السنة الجامعية 2010، الصفحة 100.

(2) - إن هذا القرار يمكن التراجع عنه من طرف الجهة المصدرة له ولو كانت هي النيابة العامة، وفي هذا الصدد جاء في

قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي:

«إن القرار الصادر عن ممثل النيابة العامة بحفظ ملف الشكاية ليس بحكم قضائي متمتع بسلطة الشيء المقضي به،

وإنما هو تدبير إداري «.

(القرار عدد 349، قضاء المجلس الأعلى في المواد الجنائية، مشار إليه من طرف عبد الواحد العلمي في مؤلفه: قانون

المسطرة الجنائية، ظهير 10 فبراير ،1959 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى - 1421 ،2000 آل صفحة38.)

« تقادم الجريمة يمنع على قضاة الموضوع النظر في الأفعال، ويتحتم

عليهم أن يقتصروا على التصريح بسقوط الدعوى العمومية» ..

وهذا ما يمكن تطبيقه على سقوط الدعوى العمومية بالصلح.

وفي قرار أكثر وضوحا وتشابها بموضوع الصلح في المخالفات الغابوية، جاء في قرار

صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) ما يلي:

« بالرجوع إلى هذه النازلة، يتبين بأن شركة التبغ قد تصالحت مع

المخالف، وتنازلت عن مطالبها المدنية، الشيء الذي كان ينبغي معه أن

يصرح القرار المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائي، والقول بسقوط الدعوى

العمومية لوقوع مصالحة في النازلة، لا أن يشهد على تنازل الشركة عن

مطالبها، ويؤيد الجزء القاضي على المطلوب بالحبس، والغرامة لفائدة

الخزينة العامة، مما يعد معه القرار مخالفا للقانون، الشيء الذي يعرضه

للنقض» :

.

والواقع، إن هذا الموقف ينسجم مع المقتضى القانوني المضمن في المادة الرابعة (4)

من قانون المسطرة الجنائية، التي تنص صراحة على سقوط الدعوى العمومية بالصلح،

وهو موقف سليم مادام الصلح هو سبب خاص، ومستقل لسقوط الدعوى العمومية. أما

الحكم بالبراءة فيقتضي تصدي المحكمة للقضية، واتخاذ كل الإجراءات المسطرية

الشكلية والموضوعية، قبل صدور هذا الحكم، بناء على اقتناع المحكمة بوجود البراءة،

في حين يترتب عن الصلح انقضاء الدعوى العمومية ورفع المحكمة يدها عن القضية.

(1) - قرار عدد 458 الصادر بتاريخ 23 مايو 1978 في الملف الجنائي عدد 41844 منشور في مؤلف:

- إدريس ملين:

مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية (-1966 1986)، الصفحة 633، منقول عن:

- محمد الشلي:

مرجع سابق، الصفحة 510.

(2) - القرار عدد 1029/1 المؤرخ في 07 مايو 2003 في الملف جنحي عدد ،20927/2002 منشور بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، العدد 61، السنة 25، يناير 2003، الصفحة 298.

وفضلا عن هذه الأهمية النظرية التي تترتب عن الاختلاف بين الحكمين؛

سقوط

الدعوى أو البراءة، هناك نتيجة عملية في غاية الأهمية، وهي:

إن القول بإمكانية صدور

الحكم بالبراءة، بالرغم من انقضاء الدعوى العمومية بالصلح، يخول المحكوم ببراءته حق

المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الإجراءات الجنائية المتخذة في حقه

قبل صدور الحكم، وذلك على غرار الحق المخول للمتهم المحكوم ببراءته في الأحوال

العادية، وهذا أمر غير مقبول، حين يبرم المتهم صلحا مع الإدارة.

يتبين مما سبق، أنه إذا كانت القضية معروضة على أنظار المحكمة، وتم إبرام المصالحة،

فإنه يتعين صدور حكم بسقوط الدعوى العمومية.

وارتباطا بآثار الصلح قبل صدور الحكم، يجدر التذكير بمقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها، التي تجعل الصلح شاملا لكل العقوبات الحبسية، والمالية، والتعويضات المدنية أيضا، ولذلك فإذا كان المتهم معتقلا اعتقالا احتياطيا يتعين إطلاق سراحه فور المصادقة على الصلح.

لكن إجراءات الصلح قد تنتهي بالفشل، ويتخلف المتهم عن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه مع إدارة المياه والغابات، فهل تعتبر هذه الإجراءات سببا لقطع التقادم؟

الفقرة الثانية:

الصلح الغابوي وقطع التقادم

قد تستغرق إجراءات إبرام الصلح مدة زمنية طويلة، فيتم استغلالها من طرف المتهم في الدفع بتقادم المخالفة الغابوية، سيما أن مدة سقوط الدعوى العمومية بالنسبة للمخالفات الغابوية تعتبر قصيرة إلى حد ما، حيث حددت في ستة (6) أشهر من تاريخ ختم التقرير

(1) - لقد أصبح التعويض عن الأخطاء القضائية مبدأ دستوريا نص عليه صراحة، الدستور المغربي لسنة 2011، في الفصل

122 والذي جاء فيه ما يلي:

« يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة».

غير أن القضاء المغربي يشترط لقبول دعوى التعويض عن الخطأ القضائي إثبات خطأ جسيم ارتكبه مرفق القضاء.

أو محضر المخالفة!، فهل يكون هذا الدفع منتجا، ومرتكزا على أساس قانوني، وبالتالي اعتبار المخالفة متقادمة، فتسقط الدعوى العمومية؟ ؟ أم أن إجراءات إبرام الصلح تعتبر قاطعة للتقادم؟

إذا كان الجواب بالإيجاب، فإن الدعوى العمومية تبقى قائمة، ولا يتم احتساب سريان مدة التقادم بكاملها، إلا من تاريخ فشل إبرام الصلح، أو إبطاله، أو فسخه. وتتم متابعة المتهم أمام المحكمة، طبقا لقواعد المسطرة الجنائية، وفي حالة العكس، فإن الدعوى العمومية تسقط بالتقادم، إذا انصرمت مدتها خلال فترة مباشرة إجراءات الصلح، ويعفى،

بالتالي، مرتكب المخالفة من المتابعة.

ومعلوم أن قطع التقادم في الدعوى العمومية منصوص عليه في المادة السادسة (6) من

قانون المسطرة الجنائية المغربي، والتي جاء فيها ما يلي :

« ينقطع أمد تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو

التحقيق أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية أو تأمر به، وبكل إجراء

يعتبره القانون قاطعا للتقادم؛

يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده،

وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة السابقة .... ».

ويتضح إذن، من هذا المقتضى القانوني، أن الإجراءات التي يعتد بها لقطع تقادم

(1) - ينص الفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917 في المحافظة على الغابات، واستغلالها على ما يلي:

«تسقط الدعاوى الراجعة لساير المخالفات في أمر الغابة، إذا مضت ستة أشهر من تاريخ التقرير الذي وقعت المعاينة فيه.

وعند مضي ثلاثة أعوام من تاريخ صدور المخالفة، إن لم يحرر في شأنها تقرير ..... ».

(2) - يعتبر التقادم من أسباب سقوط الدعوى العمومية حسب المادة الرابعة (4) من قانون المسطرة الجنائية المغربي،

والذي ينص على ما يلي:

» تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم، وبالعفو الشامل، وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم

الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.

وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.»

الدعوى العمومية، هي إجراءات التحقيق، والمتابعة والمحاكمة، فهل تدخل إجراءات

الصلح الغابوي في نطاقها؟

اختلف رأي الفقه حول هذه النقطة القانونية؛

ولكل رأي أسانيده ومبرراته؛

يستند الاتجاه

الذي يرفض قطع التقادم بإجراء الصلح، إلى اعتبار الإجراءات السابقة عن هذا الأخير، هي إجراءات إدارية لا يمكن اعتبارها سببا لقطع سريان مدة تقادم الدعوى العمومية؛ فالإجراءات التي يتم اعتمادها في ذلك هي التي تصدر عن قاضي التحقيق، أو المحكمة المختصة وبالإجمال الإجراءات ذات الطبيعة القضائية !. في حين يرى الاتجاه المؤيد لقطع سريان أمد التقادم بسبب إبرام الصلح الجنائي، أن المحضر الذي حرر عن الواقعة يعد، من محاضر جمع الاستدلالات، ويقوم بتحريره موظفون أسبغت عليهم صفة مأموري الضبط القضائي، ويتم عرض الصلح على المتهم، ويثبت ذلك بالمحضر الموقع عليه منه2. ويترتب عن ذلك اعتبار إجراءات الصلح سببا لقطع التقادم.

غير أنه إذا كان هذا المبرر يجد ما يسنده في التشريع المصري، حيث تنص المادة السابعة (7) من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه تقطع مدة التقادم بإجراءات الاستدلال3، إذا اتخذت في مواجهة المتهم، أو إذا أخطر بها بوجه رسمي، فإنه لا يوجد أي مقتضى قانوني مماثل في قانون المسطرة الجنائية المغربي، ولا في التشريع الجنائي الغابوي، ما يدفع إلى القول بأن المشرع المغربي حدد على سبيل الحصر، طبيعة الإجراءات التي يتم اعتمادها لقطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية، ومنها المتعلقة بالمخالفات الغابوية؛ ذلك أن المشرع المغربي لم يكتف بتحديد الإجراءات التي يتم بها قطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية، وتحديد طبيعتها، وإنما بين مفهومها، والقصد منها أيضا، حيث

(1) - من بين المدافعين على هذا الرأي الفقيه الفرنسي،

- DUPRE (J.F), « La transaction en matière pénale », Thèse de Doctorat, Paris 1975.

أورده محمد حكيم حسين الحكيم:

مرجع سابق، الصفحة 287.

(2) - محمد حكيم حسين الحكيم:

مرجع سابق، الصفحة 289.

(3) - أشار إلى هذا المقتضى القانوني محمد حكيم حسين الحكيم:

المرجع السابق الصفحة نفسها.

تنص الفقرات 2 و3 و4 من المادة السادسة (6) من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :

«يقصد بإجراءات المتابعة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء يترتب
عنه رفع الدعوى العمومية إلى هيئة التحقيق، أو هيئة الحكم؛
يقصد بإجراءات التحقيق في مفهوم هذه المادة، كل إجراء صادر
عن قاضي التحقيق خلال مرحلة التحقيق الإعدادي، أو التحقيق
التكميلي، وفقا لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من
هذا القانون؛
يقصد بإجراءات المحاكمة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء
تتخذه المحكمة خلال دراستها للدعوى .... ».

ولما كانت إجراءات إبرام الصلح من طرف إدارة المياه والغابات لا تصطبغ بالطبيعة القانونية للإجراءات المحددة حصرا من طرف المشرع المغربي، والذي بين المقصود منها، تفاديا لفتح باب التأويل، والتفسير الذي قد يقحم إجراءات أخرى، يكون لها طابع إداري، في أسباب قطع سريان أمد تقادم الدعوى العمومية. وبما أن الإدارة المذكورة تتخذ كل الإجراءات المتعلقة بإبرام الصلح بنفسها، ودون تدخل من جهة أخرى ولو كانت النيابة العامة، فإنه مما لا شك فيه أن هذه الإجراءات تعتبر إدارية محضة، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليها في قطع سريان أمد التقادم.

يستخلص مما سبق ، بأن المشرع المغربي يتبنى الاتجاه المعارض لاعتبار إجراءات الصلح قاطعة لسريان أمد تقادم الدعوى العمومية، ومنها تلك المتعلقة بالمخالفات الغابوية، وهو ما قد يستغله المتهم الذي قد يتظاهر برغبته في إبرام

الصلح، وقد يستعمل وسائل احتيالية من أجل إطالة أمد إجراءات الصلح، أو قد يطعن في هذه المسطرة، فإذا تم إلغاؤها، يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام الصلح، وبالتالي قيام الإدارة بإحالة محاضر المخالفات على القضاء لمتابعة مرتكب المخالفة الغابوية، إلا أن هذا الأخير سرعان ما يتمسك بالتقادم، سيما أن أجل تقادم المخالفة الغابوية لا يتعدى ستة أشهر من

تاريخ ختم محضر المخالفة، أو ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الفعل، في

حالة عدم إنجاز محضر بشأنها'، ما قد يؤدي إلى تملص مرتكب المخالفة من

العقاب، ومن إبرام الصلح أيضا.

وتجنبا للوقوع في مثل هذه الحالات، كان يتعين على إدارة المياه والغابات

التي أصدرت الدورية 4787 حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية، أن

تحدد أجلا معينا يتم فيه إبرام الصلح، تحت طائلة إحالة ملف المخالفة على

المحكمة من أجل تحريك الدعوى العمومية ضد مرتكبها، على أن يكون هذا

الأجل أقل من أجل سقوط الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفة الغابوية.

الفقرة الثالثة:

إجراءات الصلح ووقف التقادم

من المعلوم أن الفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ينص على سقوط الدعوى العمومية

المتعلقة بالمخالفات الغابوية، إذا مضت ستة اشهر من تاريخ تحرير محضر المخالفة

أو بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة، إذا لم يحرر بشأنها أي محضرة،

(1) - ينص الفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها على أنه تتقادم الدعوى العمومية

المتعلقة بالمخالفات الغابوية، إذا مضت ستة أشهر من تاريخ تحرير محضر المخالفة أو بمضي ثلاث سنوات من تاريخ

ارتكاب المخالفة، إذا لم يحرر بشأنها أيِ محضر.

(2) - يتبين من هذا المقتضى القانوني أن آجال سقوط الدعوى العمومية المتعلقة بالمخالفة الغابوية، موحدة ، حيث

تطبق نفس الآجال على كل المخالفات المذكورة، بغض النظر عن اختلاف عقوبتها ، وعن الوصف الذي يحدده القانون

الجنائي للأفعال الجرمية؛

إذ أن هذا القانون يميز بين الجنايات، والجنح، والمخالفات ، وذلك حسب خطورة الفعل

الجرمي، ونوع العقوبة المقرر لها وشدتها ، وتبعا لذلك، تختلف آجال تقادم هذه الجرائم ، بحسب نوعها ، حيث تنص

المادة 50 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أن الجنايات تتقادم بمضي خمسة عشرة سنة ميلادية كاملة، تبتدئ

من تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي ، في حين تتقادم الجنحة بمضي خمس سنوات، والمخالفة بمضي سنة ميلادية

كاملة.

ما يعني أن المخالفة الغابوية تتقادم بانصرام هذه الآجال، غير أن هذا الظهير لم يتضمن أي مقتضى قانوني يتعلق بوقف آثار سريان التقادم، سواء أثناء حديثه عن تقادم المخالفة الغابوية، أو عند تطرقه للمقتضيات القانونية المتعلقة بإبرام الصلح.

ولعل ما يدفع إلى إبداء هذه الملاحظة هو أن إجراءات إبرام الصلح الغابوي قد تنتهي بالفشل، ومن ثمة، يتم إرجاع الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل الشروع في هذه الإجراءات، والتي قد تطول أحيانا، وتستغرق مدة تتجاوز آجال تقادم المخالفة الغابوية، ما قد يدفع المتهم إلى الدفع بسقوط الدعوى العمومية الغابوية، قصد الإفلات من إحالته على القضاء، وقد يقع الشيء نفسه، عندما يطعن المتهم في الصلح بعد مرور أجل التقادم، ويستجاب لطعنه، فهل تسقط في هذه الحالة الدعوى العمومية، أم أن إجراءات الصلح تعتبر سببا لوقف آثار التقادم ؟

يتبين من الرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية، أنه ينص في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة السادسة (6) على ما يلي:

« تتوقف الدعوى العمومية فيما إذا كانت استحالة إقامتها ترجع إلى القانون «.

وهما:

ويعني ذلك أن المشرع المغربي، اشترط لتوقف الدعوى العمومية قيام شرطين،

1. استحالة إقامتها ؛

2. أن تكون الاستحالة بسبب قانوني وليس مادي.

ويفهم من ذلك أن وقف سريان آثار التقادم يتوقف على قيام موانع قانونية تحول دون مباشرة الدعوى العمومية، أو مواصلتها، وبمفهوم المخالفة، فإن الموانع المادية لا

توقف سريان التقادم، كعدم علم النيابة العامة بوقوع الجريمة، أو بقاء المتهم مجهولا، رغم التحقيق الذي أجري بشأنه، إذا كانت الجريمة خاضعة للتحقيق، أو وقوع فتن أو

أحداث، أدت إلى تعطيل المحاكم".

ومعلوم أن المشرع المغربي لم يحدد الحالات التي يتوقف، بقيامها سريان التقادم، خلافا لتحديده على سبيل الحصر، لحالات قطع التقادم، المشار إليها أعلاه؛ وهي إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة.

فهل يعتبر الصلح مانعا قانونيا يترتب عنه وقف سريان تقادم المخالفة الغابوية؟

يتبين من الرجوع إلى مقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 والمادة الرابعة (4) من قانون المسطرة الجنائية أنه يترتب عن إبرام الصلح سقوط الدعوى العمومية، ما يوحي بأن المشرع يعتبر مباشرة إجراءات الصلح الغابوي مانعا قانونيا لمباشرة الدعوى العمومية أو مواصلتها، ومن ثمة، يتوقف سريان آثار التقادم، لأن إبرام الصلح يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية بقوة القانون ، وتبعا لذلك، تبتدأ آثار التقادم في السريان من جديد، إذا ما فشلت إجراءات الصلح الغابوي، وحتى في الحالة التي يطعن فيها المتهم في الصلح، ويستجاب لطلبه بفسخ الصلح أو إبطاله. ولعل من شأن تبني هذا الموقف المنسجم مع المقتضيات القانونية محل المناقشة، أن تتم معاملة المتهم سيئ النية بنقيض نيته، ووضع حد للوسائل الاحتيالية التي قد يمارسها من أجل الدفع بالتقادم، وبالتالي الإفلات من العقوبة والتهرب من إبرام الصلح.

لكن مع ذلك، يبقى هذا الموقف مجرد تأويل أو تفسير للنصوص القانونية المشار إليه، والتي لا تنص صراحة على وقف سريان التقادم بسبب إجراءات الصلح، ما يتطلب تدخلا تشريعيا لملء هذا الفراغ، وفي انتظار ذلك، كان يتعين على إدارة المياه والغابات

(1) - احمد الخمليشي:
شرح قانون المسطرة الجنائية، الدعوى المدنية - الدعوى العمومية - البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط، السنة 1988، الصفحة 118.

إضافة مقتضى في الدورية رقم 4787 المؤرخة في 08 شتنبر 2009 حول إجراء التصالح في شأن الجنح الغابوية، يلزم المتهم بتنفيذ الصلح في مدة زمنية معقولة، قد لا تتجاوز أربعين (40) يوما مثلا، وإلا تمت إحالته على القضاء ليبت في التهم المنسوبة إليه.

ولقد انتبه المشرع المغربي إلى هذه المسألة، وحسنا فعل، فاستغل فرصة إصداره للقانون رقم 113.13 المتعلق بالترحال الرعوي، وتهيئة، وتدبير المجالات الرعوية، والمراعي الغابوية لينص في المادة 36 على أن المصالحة توقف الدعوى العمومية؟، ومن ثمة، يتوقف سريان التقادم، وفي حالة عدم أداء مبلغ الغرامة المفروض على المتصالح خلال الثلاثين يوما الموالية لتاريخ توصله بمقرر المصالحة، تحيل الإدارة الأمر على المحكمة المختصة لتبت في المخالفات المرتكبة من طرف المتهم، ويبدأ احتساب أمد التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي تفشل فيه مسطرة الصلح، لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقفه.

يتبين من هذا النص القانوني، أن المشرع المغربي انتبه إلى الفراغ الذي يكتنف النصوص القانونية المنظمة للملك الغابوي، فحاول، استدراك ذلك وملء هذا الفراغ من خلال التنصيص صراحة على وقف سريان التقادم بمسطرة المصالحة المنصبة على المخالفات المتعلقة بالمراعي، والتي تدخل في نطاقها المراعي الغابوية، وأن إجراءات المصالحة لا يترتب عنها سقوط الدعوى العمومية الغابوية، إلا بعد تنفيذها من طرف المتصالح مع الإدارة.

كما أن مشروع قانون المسطرة الجنائية، عمل على جعل مسطرة الصلح مسطرة قضائية عندما جعل لها تأثير على أمد تقادم الدعوى العمومية. وهكذا فقد نصت الفقرة الأخيرة

(1) - منشور في الجريدة الرسمية عدد 6466 وتاريخ 19 ماي 2016، الصفحة 3859.

(2) - تنص المادة 36 من القانون رقم 113.13 على ما يلي :

«توقف مسطرة المصالحة الدعوى العمومية «.

من المادة - 1 41 من هذا المشروع على أنه:
«تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية بكل

إجراء يرمي إلى إجراء الصلح أو إلى تنفيذه»؛
ولذلك فإن للإجراءات التي تباشرها النيابة

العامة بخصوص مسطرة الصلح أثرا في تقادم الدعوى العمومية يترتب عنها وقف سريان أمد التقادم.

وإذا كان سقوط الدعوى العمومية يعتبر من النتائج الهامة المترتبة عن الصلح، فإن هذا

السقوط يستتبعه أثر آخر يتعلق بانتهاء الدعوى المدنية، سواء كانت تابعة أو أصلية !.

المطلب الثاني:
عدم الاختصاص للبت في المطالب المدنية

إذا كان سقوط الدعوى العمومية يعتبر من أهم النتائج المترتبة عن الصلح الجنائي

الغابوي، فإن هناك نتائج أخرى لا تقل أهمية بالنسبة للطرفين معا؛
فبالإضافة إلى سقوط

جميع المتابعات أمام المحاكم الزجرية، يترتب عن إبرام الصلح أيضا سقوط حق الإدارة

في المطالب المدنية، ويعتبر هذا المبدأ من مزايا الصلح الجنائي بصفة عامة، وتعكس

أهميته بالنسبة للمتصالح، وسعيه لإبرامه لتفادي اللجوء إلى مسطرة قضائية غير مأمونة

العواقب، وهذا ما يحقق كذلك هدف الإدارة في إخضاع المتصالح لشروطها وأدائه

المقابل المالي الذي ترتضيه.

ويحقق الصلح أثره بمجرد إبرامه، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه، ولا المطالبة بفسخه،

لأي سبب من الأسباب، وتسري هذه الآثار بقوة القانون، فلا يتوقف تحققها على إرادة

الطرفين.

(1) - يقصد بالدعوى المدنية التابعة، تلك الدعوى المقامة أمام المحكمة الزجرية التي تبت في الدعوى العمومية، حيث

ينص الفصل 9 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على ما يلي:

» يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الزجرية المحالة إليها الدعوى العمومية«.

أما الدعوى المدنية الأصلية، فتقام أمام المحكمة العادية في إطار دعوى مدنية، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي

تسبب فيه الفعل الجرمي.

غير أن الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ميز بين نتائج الصلح قبل صدور الحكم

وبعد صدوره. وعلى الرغم من عدم تحديده صراحة للآثار المترتبة عن الصلح قبل صدور

الحكم، فإنه بتنصيصه على أنه:

« إذا صدر الحكم، فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعاير، والتعويضات المدنية».

يكون قد حدد هذه النتائج بصفة ضمنية، بحيث يشمل الصلح كل العقوبات، بما في ذلك العقوبات الحبسية.

وعليه، يترتب عن إبرام الصلح قبل صدور الحكم، سقوط الدعوى العمومية، ووقف المتابعة الجنائية في حق المتصالح، وانقضاء الدعوى المدنية التابعة.

غير أن جانبا من الباحثين يطرح تساؤلا حول مصير الدعوى المدنية المقامة من طرف غير الجهة المتصالحة، والتي تكون معروضة على المحكمة الزجرية، وما إذا كانت ستبقى جارية، أم تسقط هي الأخرى باعتبارها تابعة للدعوى العمومية وجودا وعدما؟

لكن، إذا كان هذا التساؤل يطرح بحدة في بعض الجرائم، كالجرائم الاقتصادية، (الجرائم الجمركية، وجرائم الصرف مثلا) نظرا لإمكانية تضرر الغير بفعل هذه الجرائم، مثل الزيادة غير المشروعة في الأسعار، أو الغش في المواد الغذائية، وبالتالي التساؤل عن إمكانية قيام حق الجمعيات المهتمة بحماية المستهلك في الانتصاب كمطالبة بالحق المدني أمام المحكمة، عن الأضرار التي تصيب المستهلكين، فإن ذلك لا يطرح بالحدة نفسها

(1) - عبد العزيز الأحمدي:

الحماية القانونية والقضائية للملك الغابوي بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2015- 2016، الصفحة

285.

- حميد القلعي:

المصالحة الجمركية، إشكالية الطبيعة القانونية والرقابة القضائية، بحث لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2009- 2010، الصفحة 65.

- محمد الشلي:

المرجع السابق، الصفحة 512.

في المخالفات الغابوية، رغم ارتباطها بشكل كبير بالجرائم البيئية، التي تقتضي تدخل الجمعيات المدافعة عن البيئة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها بعض هذه المخالفات، ويرجع السبب في ذلك إلى قلة هذه الجمعيات، وحتى في حالة وجودها، فهي لا تتوفر على الصلاحيات الكافية لممارسة حق المطالبة بالتعويض!؛ وهو ما يعكس قلة الدعاوى المرفوعة من طرف هذه الجمعيات.

وبناء عليه، وعلى الرغم من أن المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية حسمت هذه النقطة عندما نصت على بقاء المحكمة الزجرية مختصة للبت في الدعوى المدنية التابعة، رغم سقوط الدعوى العمومية، فإن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للصلح الغابوي، مادامت إدارة المياه والغابات تعتبر هي المبرمة للصلح، وفي الوقت نفسه، هي المطالبة بالحق المدني، وأن مقابل الصلح يشمل كافة التعويضات المستحقة للدولة عن المخالفة الغابوية، ومنها التعويض عن الأضرار، والتعويض العيني، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، قبل ارتكاب الفعل الجرمي.

وإذا كانت نتائج الصلح الغابوي تتسم برحابة نطاقها، واتساع مجالها، إذا تم إبرامه قبل صدور الحكم، فإن مجالها يضيق بشكل لافت، إذا أبرم بعد صدور الحكم.

(1) - على الرغم من أن المادة السابعة (7) من قانون المسطرة الجنائية تخول للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة، أن تنتصب طرفا مدنيا، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية، منذ أربع سنوات على الأقل، قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة، أو الطرف المدني، بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي، فإن ذلك لا يعتبر كافيا لتمكين هذه الجمعيات من القيام بدور الدفاع عن البيئة على أحسن وجه، ما دام لا يحق لها تحريك الدعوى العمومية، ويقتصر دورها على المطالبة بالحقي المدني، كما أن المشرع سيج هذا الدور بعدة شروط صارمة، من قبل توفر الجمعية على صفة المنفعة العامة، وأقدمية أربع سنوات على تأسيسها، وهذا ما يفسر قلة الجمعيات الناشطة في هذا المجال، وفي المقابل تجاوز عدد الجمعيات المدافعة عن البيئة في

فرنسا إلى

حدود التسعينيات من القرن الماضي 15.000 جمعية، وإن عددا من هذه الجمعيات، حصل على تعويضات مهمة عن

الأضرار التي ألحقت بالبيئة؛

لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع تراجع أطروحة الباحثة:

- نادية المشيشي:

الحماية الجنائية للبيئة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2014- 2015، الصفحة

311.

(2) - تنص المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

«إذا كانت المحكمة الزجرية تنظر في الدعوى العمومية، والدعوى المدنية معا، فإن وقوع سبب مسقط للدعوى العمومية،

يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الزجرية».

المبحث الثاني:

الصلح بعد صدور الحكم القضائي

ينص الفصل 74 صراحة على أنه:

« إذا صدر الحكم فإن الصلح المبرم لا يقع إلا في قدر الذعاير،

والتعويضات المدنية «.

يتبين من هذا النص القانوني أن المشرع المغربي استثنى العقوبات السالبة للحرية من

الصلح المبرم بعد صدور الحكم.

واستثناء العقوبات السالبة للحرية من الصلح بعد صدور الحكم، ينسجم مع فلسفة

التشريعات الجنائية الخاصة، ومنها التشريع الغابوي، ما دام القول بخلاف ذلك يتعارض

مع حق العفو المخول لرئيس الدولة!، والذي لا يجوز لرئيس الإدارة أن يحل محله في

ممارسة هذا الحق، إلا في حالة النص الصريح الذي لا يحتمل أي تفسير حول هذا

الأمر :

.

غير أن ما يميز نتائج الصلح الغابوي بعد صدور الحكم هو التشدد في مواجهة المتصالح مع الإدارة والذي ينتج عن عدم اشتراط نهائية الحكم (المطلب الأول)، وتضييق نطاق الجزاء التصالحي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

عدم اشتراط «نهائية» الحكم

لقد ميز المشرع الجنائي الغابوي بين آثار الصلح قبل صدور الحكم، وبعد صدوره، وإذا كانت أغلب التشريعات الجنائية الخاصة تتبنى هذا التمييز، فإن هناك اختلافا جوهريا بينها وبين مقتضيات الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 حول طبيعة الحكم؛

إذ إذا كان

(1) - ينص الفصل 58 من دستور المملكة المغربية الصادر سنة 2011 على ما يلي:

«يمارس الملك حق العفو».

pénale» matière en transaction ,«La Tou- de droit de Faculté droit, en Doctorat de Thèse ,(CAUSSE (L.M.F - (2)

.louse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1945, page 124

قانون الصرف مثلا، يميز بين آثار الصلح المبرم قبل الحكم الابتدائي، أو «النهائي» أو بعده، وكانت مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، تفرق بين الحكم النهائي، وغير النهائي، فإن الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 اكتفى بالتمييز بين نتائج الصلح المبرم قبل صدور الحكم، والتي تشمل كافة العقوبات، وتلك الناتجة عن إبرام الصلح بعد صدور الحكم، وتقتصر على الغرامات، والتعويضات المدنية، بدون اقتران هذا الحكم بالصفة «النهائية» ..

ولذلك، يكون التشريع الجنائي الغابوي أكثر تشددا من التشريعات الأخرى، ما دام الصلح سيقتصر على العقوبات المالية والتعويض المدني بمجرد صدور حكم عن المحكمة، ولو كان ابتدائيا، أي قابلا للاستئناف أو التعرض، أما في القوانين الأخرى فيشترط، لعدم تطبيق العقوبات الحبسية، أن يصدر حكم نهائي، وإذا علمنا طول المدة التي تستغرقها

(1) - الفقرة الثانية الفصل الحادي عشر (11) من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 30 غشت 1949 في زجر ما يرتكب من

المخالفات للضابط المتعلق بالصرف، (منشور في الجريدة الرسمية عدد 1929 بتاريخ 14 أكتوبر ،1949 الصفحة 1903).

- انظر أيضا الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة التي تميز بين الصلح الواقع قبل الحكم النهائي

والذي يبرم بعده.

(2) - إن الحكم النهائي هو الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية؛
فالحكم الذي استنفذت فيه طرق الطعن العادية

من تعرض أو استئناف يصبح قابلا للتنفيذ هو حكم نهائي، ولكنه معرض للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، سواء كان

بإعادة النظر أو النقض، فإذا ما أصبح غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، لفوات موعدها قصدا أو إهمالا، أو

لاستخدامها فعلا ، لكن فصل فيها بالرفض، فحينئذ فقط يصبح حكما باتا . وهذا يجرنا إلى الحديث أيضا عن الحكم

الحائز لحجية الأمر المقضي به والتي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى نفس الحق محلا وسببا،

وتكون غالبا في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى أو بعدم قبولها لسبقية الفصل فيها، أما قوة الأمر المقضي، فهو

المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية، وإن ظل قابلا للطعن

بطريق غير اعتيادي .والحكم القطعي، نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا، أو غيابيا، تثبت له حجية الأمر المقضي، لأنه

حكم قضائي فصل في خصومة ؛
ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي، إلا إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه

بطريق اعتيادي، فإذا طعن فيه، وألغي نتيجة الطعن، زال، وزالت معه حجيته، أما إذا أيد بقيت له حجية الأمر المقضي،

وانضافت لها قوة الأمر المقضي. ومن ذلك يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي يكون حتما حائزا لحجية الأمر

المقضي، والعكس غير صحيح.

لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع يراجع مؤلف:

- جمال الطاهري:

حجية الأمر المقضي به في المادة المدنية، محاولة حد وتحديد، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1432/2011.

هذا، وعلى الرغم من أن المشرع الغابوي الجنائي لم يشرط صدور حكم نهائي، لاقتصار الصلح على العقوبات المالية،

والتعويض المدني، وإنما اكتفى بصدور الحكم، فإن هناك من الباحثين من لم ينتبه إلى هذه المسألة، رغم الاختلاف

البين بين طبيعة هذه الأحكام، حيث ميز بين الصلح الواقع قبل صدور الحكم النهائي، وذلك الذي يبرم بعد صدوره،

من بين هؤلاء الباحثين:

- عبد العزيز الأحمدي:
المرجع السابق، الصفحة 286 وما بعدها.

- أحمد بنطالبة:
الحماية الجنائية للغابة المغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية -2008 2009، الصفحة 295 وما يليها.

المسطرة القضائية قبل صدور الحكم النهائى، تبينت المساحة الشاسعة المتروكة للمتهم

قصد التفكير مليا، قبل الحسم في الموقف الذي سيتخذه إزاء الاتهام الموجه إليه،

خاصة أنه ستتبين له ملامح الدعوى، ونتيجتها بعد صدور الحكم الابتدائي؛
والتي على

أساسها سيتخذ القرار الذي يراه مناسبا له؛
فإما إبرام الصلح أو مواصلة المسطرة القضائية.

وهذا ما لا يتحقق في المخالفات الغابوية التي يكون فيها مرتكبها مضغوطا بضيق الوقت،

ومضطرا إلى اتخاذ الموقف الذي يراه ملائما قبل صدور الحكم الابتدائي، لأنه بمجرد

بت المحكمة الابتدائية في الدعوى العمومية، يصبح المتهم محروما من إبرام الصلح

حول العقوبات الحبسية، وهي العقوبات التي يتوخى أغلب المتصالحين، إن لم يكن

كلهم، تفاديها.

وتأسيسا على ذلك، يضيق موضوع الصلح ويتسع، حسب ما إذا كان هذا الأخير مبرما

قبل صدور الحكم أو بعده.

المطلب الثاني:

تضييق نطاق الجزاء ومقابل الصلح الغابوي بعد صدور الحكم

لقد حدد الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها، على سبيل الحصر، آثار الصلح بعد صدور الحكم القضائي في الذعائر، والتعويضات المدنية.

أولا:

الذعائر

الذعيرة هي الغرامة التي تفرض على الجاني كعقوبة مالية، وتعد من أقدم العقوبات،

(1) - يعرف الفصل 35 من القانون الجنائي المغربي الغرامة بأنها:

» إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معينا من النقود بالعملة المتداولة قانونا في المملكة «.

أما التشريع الجنائي الغابوي، فلم يضع أي تعريف » للغرامة ،» بل أكثر من ذلك استعملت التشريعات الجنائية الغابوية

مصطلحات مختلفة، على الأقل بالنسبة للترجمة العربية، فظهير 10 أكتوبر 1917 يستعمل مصطلح: «الذعيرة «، في حين

يستعمل ظهير 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة القنص مصطلح: «الغرامة «.

=

فهي ترجع في أصلها إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة، وهي نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض، ثم تطورت بعد ذلك، إلى أن أصبحت في التشريعات الحديثة، عقوبة خالصة خالية من معنى التعويض !.

والغرامة تتصف في المجال الغابوي بطبيعتها المختلطة؛ مدنية، وجنائية؛ فهي ذات

طبيعة مركبة، تتضمن في طياتها معنى الزجر، والتعويض في آن واحد. وطابعها المدني، هو الذي يبرر حق الصلح المخول لإدارة المياه والغابات، بهدف حماية مصلحة خاصة، لذلك فهي ليست طرفا مدنيا عاديا تطبق عليه القواعد العادية العامة، وإنما هي شخص

معنوي عام تطبق عليه قواعد جنائية ذات طبيعة خاصة.

وتحظى الغرامة كعقوبات على المخالفات الغابوية بأهمية كبيرة، باعتبارها جزاء أساسيا، وأكثر استخداما في العقاب على الجرائم البيئية، وفي كافة المجالات الجنائية الخاصة التي تنتمي إلى زمرة القوانين الاقتصادية، والبيئية، لأن غالبية هذه الجرائم ترتكب بسبب الرغبة في تحقيق مكاسب مالية، غير مشروعة، وبالتالي فإن التركيز على الغرامة يكون بهدف الردع، ومعاملة المجرم بنقيض قصده.

وعطفا على ذلك، تحتل الغرامة في التشريع الجنائي الغابوي المغربي مكانة هامة، فهي العقوبة الجنائية الغالبة في موضوع الجريمة الغابوية، باحتلالها نصيب الأسد، مقارنة مع باقي العقوبات الأخرى؟.

غير أن اهتمام المشرع المغربي بالغرامة، وإعطائها المكانة الأولى ضمن العقوبات المقررة للمخالفات الغابوية، يعكس عدم استحضار البعد، أو الحس البيئي"، والاهتمام الأكبر بالجانب المالي المتمثل في المداخيل المالية، التي تجنى من الغرامات الغابوية، إلى

(1) - العلوي جعفر:

المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها، وقضاء، دار القلم- الرباط، السنة 2000، الصفحة 201.

(2) - تم تكرار مصطلح الغرامة (الذعيرة) في ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها أربعين

(40) مرة، في حين استعملت كلمة السجن ستة عشر (16) مرة فقط.

1988, Casablanca, Okad, editions l'environnement, de droit en Etudes (M.A), .MEKOUAR page 15 - (3)

درجة أن عقوبة الحبس التي تعتبر أساسية في تحقيق الردع العام، والخاص، وكذا في جبر الضرر الغابوي، تذوب وسط عقوبة الذعيرة التي يكررها المشرع المغربي في الفصل الواحد أكثر من مرة !.

وتتميز الغرامة الجنائية عن التعويض المدني بأنها جزاء محدد كرد فعل ناشئ عن ارتكاب الجريمة، وتهدف إلى الزجر والإيلام، بينما يستند التعويض المدني إلى جبر الضرر.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الغرامة المنصوص عليها في التشريع الجنائي الغابوي لها خصوصية معينة، تجعلها مختلفة عن تلك المنصوص عليها في القانون

الجنائي العام؛

فإذا كان المبدأ العام في القانون الجنائي أن عقوبة الغرامة تخضع لمبدأ «شخصية العقوبة «، أي أن العقوبة لا تطال إلا مرتكب الفعل الجرمي شخصيا، سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا، فإن المشرع الجنائي الغابوي خرج عن هذه القاعدة ، حين فرض عقوبة الغرامة على أشخاص آخرين لا علاقة لهم بارتكاب الفعل الجرمي، وهذا استثناء من القواعد العامة، بل وحتى من التشريع الغابوي نفسه، ومن بين أمثلة ذلك ما ينص عليه الفصل 49 من ظهير 10 أكتوبر 1917 والذي جاء فيه ما يلي:

« يمكن معاقبة القبيلة، أو أهل الدوار، أو أهل الفرقة، بالذعاير

المذكورة بالضمان، زيادة عما يحكم به على مرتكب المخالفات

المذكورة، ومن شاركهم فيها، وأن هذه الذعيرة تصدر بقرار وزيري

بعد الاطلاع على ما تعرضه حكومة المراقبة المحلية وإدارة المياه

والغابات في ذلك. وبعد استفهام رؤساء القبيلة، ويمكن أن

يستعمل ما يتحصل من الذعاير، كلا أو بعضا، لإصلاح بعض

الضرر اللاحق بالغابة من الحريق «.

(1) - نادية المشيشي وأحمد بنطالبة:

» التشريع الجنائي ودوره في مواجهة التغيرات المناخية «، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 100، الطبعة الأولى 2017، الصفحة 166.

وهذا النص القانوني يتعلق بجريمة إضرام النار في الغابات.

ويتبين من خلال ما سبق أن المشرع الغابوي يعاقب القبيلة ككل، رغم عدم ارتكابها للفعل الجرمي، ما يعتبر خروجا عن قاعدة شخصية العقوبة. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى السياق العام والظروف التاريخية التي صدر فيها هذا المقتضى القانوني، وكذا إلى طبيعة الاستغلال الذي كان ينصب على الغابة؛

إذ كانت القبيلة تستغل المجال الغابوي،

حسب قواعد الشريعة الإسلامية، والأعراف القبلية، والتي تخول للقبيلة الاستغلال، والانتفاع الجماعي للمجالات الغابوية، وبالتالي تحملها أداء الغرامة جماعة، في حالة إيقاد النار في الغابة.

غير أن ما يلاحظ من خلال التمعن في هذا النص القانوني، أن هذه الغرامة لها خصوصية معينة، وهي تخصيص مبلغها المالي لاستصلاح المجال الغابوي المعرض للحريق، ما يجعلها تتسم بطابع التعويض أكثر من طابعها الزجري، ما دامت الغرامات المالية تستخلص لفائدة الخزينة العامة للمملكة.

ونظرا للتطور الذي عرفه المجتمع المغربي، وتقنين حقوق الانتفاع المنصبة على المنتوجات الغابوية، وتبني الدولة لسياسة حقوقية، تراعي حقوق الإنسان، وتحفظ الحريات، أصبح هذا المقتضى القانوني متجاوزا، وغير قابل للتطبيق، في الوقت الراهن.

ومهما يكن من أمر، إن دورية المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر رقم 4787 تستثني صراحة جرائم إيقاد النار في الغابة من مجال الصلح، ما يجعل هذه العقوبة غير ذات أهمية بالنسبة لهذا الموضوع.

ثانيا:

التعويضات المدنية

لقد نص الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917، صراحة على أن الصلح المبرم بعد صدور

الحكم يشمل التعويضات المدنية، غير أن مفهوم هذه التعويضات واسع ويشمل أكثر من نوع. وهذا التعدد تؤكده مختلف المقتضيات القانونية المضمنة في الظهير المذكور، والمبينة للعقوبات والجزاءات المحددة للمخالفات الغابوية؛

سيما الفصل 40 الذي يلزم:

«من أخذ شيئا من الغابة، بدون موجب في جميع الأحوال، أن يرد ما أخذه، إما بعينه أو بأداء قيمته، زيادة عما يلحقه من تعويض عن الخسائر، إذا اقتضى الحال ذلك وحجز الآلات التي تلفى بيده «.

وعليه، إن التعويض المدني يتراوح بين رد الأشياء، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، ثم

التعويض عن الخسائر؛

غير أن أهم تعويض يمكن أن يكون محلا للصلح الغابوي، هو إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة الغابوية، والتعويض عن الخسائر؛

1. رد الأشياء وإرجاع الحال إلى ما كان عليه

إن رد الأشياء هو جزاء مدني عيني، أي يتعلق بعين الشيء المستولى عليه من طرف المتهم دون موجب حق، والذي يتعين عليه رده لإدارة المياه والغابات.

أما إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة، والذي يمكن إدخاله هو الآخر ضمن إطار التعويضات العينية، فيقصد به إرجاع حالة المجالات المتضررة إلى ما كانت عليها قبل ارتكاب المخالفة الغابوية، ومحو آثارها.

والواقع، إن إعادة الحال إلى ما كان عليه، يعتبر هو الصورة الأصلية لإصلاح الضرر الغابوي (البيئي)، بحيث لا يتم اللجوء إلى التعويض النقدي، إلا إذا أصبح التعويض

العيني أمرا غير ممكن !.

ويعتبر هذا التعويض بديلا للتعويض النقدي الذي لم تثبت فعاليته، نظرا إلى أنه لا يجبر الضرر إلا بصفة نسبية، خاصة بالنسبة للتعويض عن الأضرار البيئية التي تتميز بطابع الاستمرارية، ويمتد أثرها إلى المستقبل، ولذلك يشكل هذا الإجراء أحد التطبيقات الفعالة لإصلاح الأضرار الإيكولوجية الخالصة، بعد أن كان الإصلاح محصورا في التعويض النقدي الذي لا يناسب الأضرار التي تصيب العناصر الطبيعية، خاصة الإخلال بالتوازن البيئي، الذي تم المس به، وعدم قدرة هذا التعويض على إعادة هذا التوازن إلى مساره الطبيعي؟.

وعلى الرغم من أن هذا الإجراء يعتبر حديثا في ميدان الإصلاح البيئي، فإن المشرع المغربي انتبه منذ بداية القرن الماضي، إلى أهميته على الوسط الغابوي، فضمنه في ظهير 10 أكتوبر 1917 كجزاء لبعض المخالفات التي تستهدف الملك الغابوي، ومن بين الفصول التي تطرقت إلى هذا الإجراء، الفصل 27 من الظهير المذكور، كما وقع تغييره بالظهير الشريف المؤرخ في 18 يناير 1935، والذي يلزم مرتكب مخالفة إحياء الأراضي

الغابوية المملوكة له، برد المكان إلى حاله الطبيعي، وذلك بغرس الأشجار من النوع الذي

قطعه في مدة لا تزيد عن ثلاثة أعوام، وإن لم يفعل، فإن إدارة المياه والغابات تقوم بذلك

على نفقته .

(1) - نور الدين الرحالي:
المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية

والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، السمنة الجامعية 2014-2015،

الصفحة 272.

(2) - يعتبر الضرر في عمومه بأنه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لاحد الأشخاص، أما الضرر البيئي بالخصوص فهو

ضرر حديث ومتميز أخذ أبعادا دولية بعدما أدرج ضمن الأضرار العابرة للحدود، ويسجل على المستوى الفقهي صعوبة

في تحديد تعريفه الاصطلاحي.

- رابحي قويدر:
القضاء الدولي البيئي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجزائر، جامعة أبو

بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2015- 2016، الصفحة 241.

(3) - الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 شوال 1353 (18 يناير 1935) (منشور في الجريدة الرسمية عدد 1164 وتاريخ 15

فبراير 1935 الصفحة 226). حيث جاء في الفصل 27 من هذا الظهير ما يلي:

« ويجب عليه أن يرد المكان إلى حاله الأول، إذا أمر بذلك مدير إدارة المياه والغابات «.

وتجدر الإشارة إلى أن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة الغابوية،

يبقى أمرا صعب المنال، رغم أهميته ونجاعته في جبر الضرر الغابوي، وذلك راجع إلى

المدة التي يتطلبها تحقيق النتائج المتوخاه من هذا الإجراء؛
فإذا كان قطع شجرة أو

إحراق جزء من الغابة لا يتطلب إلا وقتا يسيرا، قد لا يتجاوز في بعض الأحيان دقائق

معدودات، فإن استصلاح المجالات المتضررة، وإعادة غرسها بأشجار من نفس النوع،

قد يتطلب مجهودات جبارة، ويستغرق وقتا طويلا، قد تفوق أحيانا عدة عقود، ولذلك ما زال التعويض النقدي هو السائد، سواء من طرف الأحكام القضائية، أو عن طريق إبرام الصلح .

2. التعويض النقدي عن الخسائر

يهدف التعويض النقدي إلى جبر الضرر الذي ألحق بالمجال الغابوي بفعل المخالفة المرتكبة.

وعلى الرغم من أن حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الفعل الجرمي، هو حق طبيعي للمتضرر، يمكنه أن يطالب به، ولو لم ينص عليه القانون، فإن المشرع المغربي حرص على تضمين هذا الحق في ظهير 10 أكتوبر 1917 لفائدة إدارة المياه والغابات (الدولة)، بل أكثر من ذلك حدد سقفه الأدنى، انطلاقا من الحد الأدنى للغرامة المحددة كعقوبة للمخالفة المتسببة في الضرر، إذ نص الفصل 45 على أنه:

« إذا وجب تعويض الخساير بمقتضى ما نص عليه تقرير المخالفة
فلا يقل قدرها عن مجرد قدر الذعيرة التى صدر بها الحكم».

ولذلك لا يجوز تحديد تعويض نقدي عن الخسائر يقل عن مبلغ الغرامة المحددة قانونا، وهذا ما ينطبق أيضا على الصلح الذي يتعين على الطرفين مراعاة هذا المقتضى القانوني، والمعيار المعتمد من طرفه لتحديد التعويض.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية يتبين أن المشرع الغابوي قد خرج عن هذه القواعد، ما دام قانون الالتزامات والعقود، حدد مجال ونطاق التعويض المدني في الفصل 98 منه والذي ينص على أن:

« الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت
المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى
إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما
حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.
ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة، حسبما

تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه».

يتضح من ذلك، أن تحديد التعويض يتم طبقا لهذا النص القانوني، حسب حجم الخسائر التي ألحقت بالمتضرر، ويتم تحديدها من طرف المحكمة التي تعتمد سلطتها التقديرية في ذلك، في حين حدد ظهير 10 أكتوبر 1917 التعويض عن الضرر الملحق بالمجال الغابوي، حسب قيمة الذعيرة المحكوم بها، والتي يتعين ألا يقل عن مبلغها.

وبالتالي يكون مجال تدخل القاضي في تحديد التعويض عن الضرر الغابوي ضيقا جدا، وهذا ما ينطبق على الصلح أيضا.

وتطبيقا لهذا المقتضى القانوني حددت الدورية رقم 4787 التعويض النقدي عن الخسائر الملحقة بالمجال الغابوي، ولن تترك أي مجال للإدارة لاستعمال السلطة التقديرية أو التفاوض؛

إذ بالرجوع إلى الجدول المتعلق بمعيار التصالح المرفق بهذه الدورية، يتبين أن مقدار التعويض المستحق للإدارة يحدد حسب مبلغ الغرامة المنصوص عليها قانونا؛

فعلى سبيل المثال يعاقب الفصل 34 من الظهير الشريف 10 أكتوبر 1917 من حرث أرضا، أو زرع غرسا، داخل الملك الغابوي بغرامة تتراوح بين 400 درهم و2400 درهم عن الهكتار

الواحد، مع إرجاع المواد أو قيمتها، أما التعويضات المدنية فتحدد بحسب الحد الأدنى للغرامة، إذا وقعت خسائر، وفي حالة وجود ظروف التشديد؛
(كحالة العود، أو الليل،
أو ارتكاب المخالفة داخل محمية)، فإن مبلغ التعويض يساوي أو يفوق مقدار الغرامة بضعفين أو ثلاثة، وبناء على ذلك، يتم تحديد نسبة التعويض المترتبة عن الصلح، وهي 60 % بعد إخلاء المكان.

والتعويض عن الضرر المترتب عن الجريمة الغابوية يخصص لإعادة تأهيل المجالات المتضررة، وإصلاح الأضرار، وهذا ما تتبناه الكثير من التشريعات المقارنة التي نصت صراحة على هذا التخصيص !.

وتأسيسا على ما سبق، تكون دورية المندوب السامي قد راعت مصلحة الدولة، حين وضعها لمعايير محددة لقيمة التعويض التي يتعين على المتصالح أداؤه، غير أن أداء

التعويض والغرامة قد لا ينهيان الصلح، ما يطرح تساؤلا هاما حول نتائج إبرام الصلح على الاعتراف ب «الجرم»، وباستحقاق الدولة للعقار محل هذا الجرم، إذا تعلق هذا الأخير بالترامي على الملك الغابوي؟

المبحث الثالث:

آثار الصلح على الاعتراف بالفعل الجرمي وعلى الإقرار

باستحقاق الدولة للعقار المترامي عليه

لقد اشترطت الدورية 4787 على المتهم القيام ببعض الأعمال مسبقا، للموافقة على إجراء الصلح، إذا كان الأمر يتعلق بمخالفات الترامي على الملك الغابوي من أجل البناء،

ETTAYBI (A):

«La responsabilité civile à l'épreuve du préjudice écologique:

cas de l'affaire de l'Erika» , - (1)

du Travaux Economiques Juridiques, Sciences des Faculté la à organisé l'Uni- de Sociales et colloque international

versité Mohamed V Souissi- Rabat, les 12 et 13 novembre 2012 sur le thème:

« l'environnement et le développe-

ment durable:

Al Maarif El Imprimerie NADIR, Bouchra par réunis Textes », alternatives nouvelles Les Jadida,

. Rabat, 2014, page 272

أو التعشيب، أو الحرث، إذ جاء فيها أنه:

«لا يمكن إجراء الصلح إلا بعد إفراغ المكان، وإدلاء المترامي بتعهد مكتوب مصادق على صحة إمضائه، يلتزم فيه بحق الدولة على القطعة المترامى عليها، وبالكف عن استغلالها».

ولعل ما يثير الانتباه حول المقتضى الوارد في هذه الدورية، هو الشرط الموضوع من طرف المندوب السامي، والمتعلق بإبرام الصلح حول مخالفات الترامي على الملك الغابوي بالحرث، والتعشيب، والبناء؛

فإذا كان اشتراط إرجاع الحال إلى ما كان عليه

قبل ارتكاب المخالفة أمرا مقبولا، فإن إلزام المتصالح بتوقيع التزام مكتوب مصادق على

صحة إمضائه:

« يلتزم فيه بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامى عليها، وبالكف عن

استغلالها»، يطرح أكثر من تساؤل حول طبيعة هذا الالتزام، وآثاره؛

فهل يعتبر هذا الالتزام

إقرارا باستحقاق الدولة للعقار ؟ (المطلب الثاني).

وارتباطا بها السؤال، وفي إطار الحديث عن الإقرار المدني، يحق التساؤل بداية، عما

إذا كان إبرام الصلح، في حد ذاته يعتبر اعترافا بارتكاب المخالفة الغابوية، أم أن هذا

التصرف لا يرتب أي أثر جنائي في مواجهة المتصالح؟ (المطلب الأول).

المطلب الأول:

آثار الصلح على الاعتراف بالمخالفة الغابوية

يتبين من الرجوع إلى الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 ولمختلف المقتضيات القانونية

المتعلقة بالتشريع الجنائي الغابوي، أن المشرع المغربي لم يشترط الكتابة في مقترح

(1) - يتم التمييز بين الاعتراف والإقرار، ومناط هذا التمييز هو موضوع التصرف، فإذا كان الأمر يتعلق بالمسائل المدنية

فيطلق على التصرف «الإقرار»، أما إذا كان التصرف ينصب على المسائل الجنائية، فإنه يسمى «اعترافا»، أما الفرق بينهما

فيكمن في كون الاعتراف الجنائي هو إقرار صادر من المتهم بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها، أما

الإقرار المدني فهو إقرار الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقررا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه.

وقد تبنى المشرع المغربي هذا التمييز بين المصطلحين فاستعمل في وسائل الإثبات المضمنة في قانون الالتزامات والعقود

مصطلح «الإقرار» (الفصل 405 وما بعده) في حين استعمل مصطلح «الاعتراف » في قانون المسطرة الجنائية (المادة 293).

الصلح، إلا أن الممارسة العملية تؤكد على هذا الشرط نظرا لأهميته!، كما أنه ليست

هناك أية بيانات إلزامية يتعين تضمينها في وثيقة الصلح، اللهم ما تعلق بالبيانات التي تبرز هوية المتصالح ورغبته الصريحة في إبرام الصلح ونوع الجرائم المراد التصالح بشأنها. وتبعا لذلك لا يتضمن هذا الفصل أية إشارة تفيد أن قبول الصلح يترتب عنه الاعتراف بارتكاب المخالفة المشمولة بهذا الإجراء، غير أن الفصل 10 مكرر مرتين من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 21 يوليو 1923 المتعلق بمراقبة القنص*، كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى ظهائر شريفة لاحقة على تاريخ صدوره، ينص صراحة على أن أداء «الغرامة التصالحية» من طرف المتهم يفيد الاعتراف بارتكاب المخالفة.

ولقد عرف الاعتراف بأنه إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه أو بمشاركته فيها"، وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيرا على نفسية وقناعة القاضي الوجدانية، وبه تنهض المسؤولية الجنائية لصاحبه؟.

(1) *- من إيجابيات المسطرة الكتابية توحيد إجراءات الصلح، وشروطه على الصعيد الوطني. وبالنسبة لكافة الأشخاص المعنيين بها، مع ما يترتب عن ذلك من تحقيق المساواة والشفافية.

(2) - الظهير الشريف الصادر بتاريخ 6 ذي الحجة 1341 21) يوليو (1923 يتعلق بمراقبة » القنص.» (منشور بالجريدة الرسمية

عدد من 537 إلى 539 والصادرة بتاريخ فاتح محرم 1342 (14 غشت 1923) الصفحة 537).

إن ما يلاحظ على الترجمة التي أعطيت لعنوان هذا الظهير الشريف ، أنها معيبة وليست دقيقة إذ أن الصيغة الفرنسية

تتحدث عن مراقبة القنص La police de la chasse. (الجريدة الرسمية عدد 563 الصادرة بتاريخ 07 غشت 1923 الصفحة

،966 باللغة الفرنسية) ، في حين استعملت الترجمة العربية عبارة «مراقبة الصيد ،» مع أن معناه باللغة الفرنسية هو La

police de la peche، والاختلاف بين النشاطين بين وواضح، ولا يقف عند ظاهر المصطلحات، وإنما يمتد إلى كنههما

وطبيعتهما؛

فالقنص يمارس على الوحيش في البر ، في حين يمارس الصيد في المياه البحرية، أو القارية، بل إن الاطلاع

على ظهير 21 يوليو 1923 حتى بصيغته العربية، يتبين أن مقتضياته تتحدث عن القنص في الكثير من فصوله، إلا في

حالات نادرة جدا ، كما هو الحال في الفصل الأول ،(1) الذي استعملت فيه الترجمة العربية مصطلح الصيد، أما باقي

(3) - ينص الفصل 10 مكرر على ما يلي:

الفصول فتتحدث عن القنص .

« ... يفيد أداء الغرامة في الحال الاعتراف بارتكاب المخالفة، كما يترتب عنه سقوط الدعوى العمومية ... »

لقد أضيف هذا المقتضى بالفصل الثالث من الظهير الشريف رقم 1.61.234 بتاريخ 27 محرم 1382 (30 يونيو 1962)، وغير

وتمم بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.127 بتاريخ 18 من جمادى الأولى 1427 (15 يونيو 2006) بتنفيذ القانون رقم 54.03

القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف الصادر في 6 ذي الحجة 1341 (21 يوليو 1923) المتعلق بمراقبة القنص.

(الجريدة الرسمية عدد 5435 بتاريخ 03 يوليو 2006. الصفحة 1648).

(4) - احمد الخمليشي:

شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة 1990، مطبعة المعارف الجديدة -

الرباط الصفحة 149.

(5) - وزارة العدل:

شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الثاني، إجراءات المحاكمة، وطرق الطعن، منشورات جمعية نشر

المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الشروح، والدلائل، العدد 7 ، الطبعة الثانية يوليوز 2005، الصفحة 46 .

أما قانون المسطرة الجنائية المغربي فلم يضع أي تعريف للاعتراف، وإنما اكتفى

بالتنصيص في المادة 293 على أن الاعتراف يخضع كغيره من وسائل الإثبات للسلطة

التقديرية للقضاة.

وسواء تم تضمين وثيقة الصلح ما يفيد صراحة اعتراف المتهم بارتكابه المخالفة الغابوية

أم لا، فإن السؤال المطروح هو ما إذا كان إبرام الصلح الغابوي في حد ذاته يترتب عنه

الاعتراف بارتكاب المخالفة؟

هناك اختلاف بين الباحثين حول حجية الاعتراف الناتج عن إبرام الصلح، سواء كان

اعترافا صريحا أو ضمنيا؛

فمنهم من يرى أن الصلح يتضمن في طياته معنى الاعتراف

الضمني بالجريمة المرتكبة١، في حين يميل أصحاب الاتجاه الثاني إلى القول بأن

الصلح لا يفيد بالضرورة اقتراف المتصالح للجريمة، لأن الصلح، حسب هذا الرأي، هو نظام إجرائي لانقضاء الحق في الدعوى الجنائية بغير حكم، ولا يتمتع بحجية إيجابية في ثبوت التهمة أو نفيها، ويقتصر أثره على الحجية السلبية المتمثلة في انقضاء الدعوى الجنائية *؛

فالصلح هو وسيلة عملية لفض النزاع بالطريق السلمي، يتم اللجوء إليه نظرا للامتيازات التي توفرها الإدارة للمتصالح، فإذا كانت الإدارة تفضل اللجوء إلى الصلح، فقد يكون الدافع هو تفاهة الجرم، أو صعوبة تقديم أدلة ضد مرتكب المخالفة الغابوية، أو صعوبة تنفيذ الحكم، حتى في حالة إدانة المتهم، أما المتصالح فقد يكون الدافع للجوئه إليه هو إحساسه بكونه قد ارتكب المخالفة، لكن هاته الفرضية ليست مطلقة، حيث يمكن أن يكون بريئا لكنه يفضل أداء مبلغ مالي على المثول أمام جهاز العدالة كمتهم°.

(1) - محمد حكيم حسين حكيم:
مرجع سابق، الصفحة 114.

(2) - احمد فتحي سرور:
القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، السنة 2002، الصفحة 338.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، وينسجم مع المبادئ القانونية للمسطرة الجنائية، ذلك أن القاضي الجنائي يحكم حسب اقتناعه الصميم، ولا يمكن أن يبني قضاءه إلا على حجج عرضت عليه أثناء الجلسة، ونوقشت شفهيا أمامه، حتى في حالة اعتراف المتهم بارتكابه للفعل الجرمي؛

وفي هذا الصدد تنص المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك. ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم. ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي، وتضيف المادة 287 أنه لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة، ونوقشت شفهيا وحضوريا أمامها، ولتأكيد سريان هذه المقتضيات حتى على الاعتراف

كوسيلة من وسائل الإثبات، فقد نصت المادة 293 من نفس القانون على أن الاعتراف

يخضع كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

وعليه، فحتى لو صدر اعتراف صريح من قبل المتهم، سواء في محضر الضابطة القضائية،

أو في محضر الصلح، فإن ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي يمكن أن

يأخذ به هذا الأخير، أو يستبعده، حسب اقتناعه الصميم.

غير أنه إذا كان القاضي الجنائي يلعب دورا إيجابيا، عند استقصاء وسائل الإثبات

المعروضة عليه في إطار حرية الإثبات في الدعوى الجنائية، وحسب اقتناعه الوجداني

والصميم، فإن هذه الحرية تضيق في إطار الإثبات الجنائي الغابوي، وتتقلص السلطة

التقديرية للقاضي الذي لا يسعه إلا الأخذ بمضمون المحاضر القانونية، ولا يحق له

استبعادها"، وفي هذه الحالة يكون دور القاضي الجنائي مماثلا لدور القاضي المدني،

الذي يتقيد مبدئيا بما يعرض عليه من وثائق، ومستندات، وحجج في إصدار أحكامه ،

ويتجلى هذا الاستثناء في القيمة الثبوتية التي منحها التشريع الغابوي المغربي لبعض

محاضر أعوان إدارة المياه والغابات، حيث صنفها ضمن المحاضر التي يوثق بمضمونها،

ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور".

وعطفا عليه، إذا كان المشرع المغربي قد أعطى للمحكمة الزجرية سلطة واسعة في تقدير

الحجج المعروضة عليها، ومنها الاعتراف المضمن في محضر الضابطة القضائية"، ولو

كان هذا الأخير يصنف في خانة المحاضر التي يوثق بمضمونها، إلى أن يثبت العكس

(1) - ومع ذلك هناك بعض الحالات التي استبعدت فيها محكمة النقض محاضر إدارة المياه والغابات الموقعة من طرف

موظفين أو أكثر، لعدم اقتناعها بالوقائع المضمنة فيه، والتي لم تستخلص منها الأدلة الكافية للإدانة. جاء في القرار الصادر

عن محكمة النقض تحت عدد 1248 بتاريخ 03 أكتوبر 2013 في الملف جنحي عدد 10086/6/8/2013 ما يلي:

» إذا كان الفصل 65 من ظهير 10/10/1917 يجعل من المحضر المحرر من لدن عونين أو أكثر حجة رسمية لا يمكن

دحضها إلا بادعاء الزور، فإن إعمال هذه القاعدة مشروط باستيفاء المحضر لمقوماته القانونية. والمحكمة لما

قضت ببراءة

المتهم من جنحة الترامي على الملك الغابوي من غير أن تأخذ بحجية المحضر المحرر بشأنها من طرف ثلاثة تقنيين،

مبررة ذلك بعدم قانونية المحضر لعدم تبيان طبيعة التحريات المعتمدة في نسبة الفعل للمتهم الذي لم يستمع إليه بشأن

المخالفة المنسوبة إليه، لم تخرق القانون، وعللت قرارها بما فيه الكفاية.»

) قرار منشور بالمجلة الصادرة عن محكمة النقض ، تحت عنوان «ملفات عقارية «، العدد الرابع (4) الخاص ب : «قضايا

المياه والغابات «، السنة 2014، الصفحة 198 (.

(2) - أحمد بنطالبة:

مرجع سابق، الصفحة 274.

(3) - ينص الفصل 65 من ظهير 10 أكتوبر 1917 بشأن المحافظة على الغابات واستغلالها على ما يلي:

«إن التقارير التي يكتبها الموظفون بإدارة المياه والغابات على اختلاف طبقاتهم وعليها إمضاءاتهم تعتبر حجة صحيحة في

ثبوت المخالفات المقررة فيها كيفما كانت العقوبة الناتجة عنها بشرط أن تكون التقارير وقعت من موظفين اثنين. ويعتبر

ما تضمنته التقارير من المخالفات صحيحا كيفما كانت عقوبته ما لم يدع التزوير فيها وعليه فلا تقبل حجة غيرها إلا إذا

كان فيها خلل يؤدي قانونا إلى جرحه في جانب أحد الواضعين شكليهما عليه.

وإذا كان التقرير حرره أحد من موظفي إدارة المياه والغابات ووضع عليه شكله فالحجة صحيحة أيضا ما لم يدع التزوير

فيها لكن لا يعمل بها إلا إذا كانت المخالفة لا تزيد عن مائة فرنك بين ذعيرة وتعويض الخسائر وإذا كان التقرير حرره

أحد من موظفي إدارة المياه والغابات ووضع عليه شكله فالحجة صحيحة أيضا ما لم يدع التزوير فيها لكن لا يعمل بها

إلا إذا كانت المخالفة لا تزيد عن مائة فرنك بين ذعيرة وتعويض الخسائر ... ».

ولقد غيرت الفقرة الأخيرة بمقتضى ظهير 05 أبريل 1949 الذي رفع من القيمة المالية للذعيرة والتعويض إلى مبلغ 10.000

فرنك، وبمقتضى المادة الخامسة من قانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.90.194 بتاريخ 31 دجنبر 1990

فإن الغرامات المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 10 أكتوبر 1917 ضربت في 10 ابتداء من تاريخ فاتح يناير

1991، فأصبحت بذلك هذه الغرامات والتعويضات محددة في 1000 درهم.

(4) - لقد اعتنقت محكمة النقض هذا التوجه منذ أمد بعيد، حيث قضت في قرار صادر عنها سنة 1971 بأن:

» لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير قيمة ما حوته تلك المحاضر من اعترافات، ومدى صلاحيتها، لأن يتخذ

دليلا قاطعا في إثبات ما حرر من أجله، وهي لا تخضع في هذا الشأن لرقابة المجلس الأعلى طالما أن محكمة الموضوع

لم تهمل ما لتلك المحاضر من حجية «

(القرار الصادر في القضية عدد 28110 بتاريخ 15 أبريل ،1971 مشار إليه من طرف الأستاذ احمد الخمليشي، مرجع سابق،

الصفحة 154).

بكل وسائل الإثبات، بل ولو كانت هذه المحاضر لا يمكن الطعن فيها إلا بادعاء الزورا،

فإنه سيكون من باب أولى وأحرى، ممارسة هذه المحكمة لنفس السلطة تجاه الصلح

الجنائي الغابوي.

ولقد سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن قضى بأنه:

« إذا تضمن محضر الشرطة اعتراف المتهم، فإن لقضاء الموضوع سلطة

كاملة ليقدروا قيمة ذلك الاعتراف، حسب الظروف التي أحاطت به،

وإذا انتهى بهم هذا التقدير إلى الحكم ببراءة المتهم، لا يكون عملهم

هذا خرقا لما لمحضر الشرطة من حجية، ما داموا لم ينكروا ما جاء به من

اعتراف، وإنما استعملوا سلطتهم لتقدير قيمته.»!

يتبين مما سبق، أن إبرام الصلح مع إدارة المياه والغابات، لا يمكن اعتباره اعترافا

بالمخالفة الغابوية، واعتماده عند الاقتضاء، لإدانة المتصالح بهذه الأفعال، في حالة

عدم المصادقة على هذا الصلح، أو فسخه، أو إبطاله، حيث يتم إرجاع الأطراف إلى ما

كانوا عليه، قبل إبرام الصلح، ويطبق في هذه الحالة، المبدأ القانوني الشائع في القانون

(1) - تنص المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

» المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنح، والمخالفات يوثق بمضمنها إلى أن

يثبت العكس بأية وسيلة من وسائل الإثبات».

وهذا ما ينص عليه أيضا الفصل 65 من ظهير 10 أكتوبر 1917 المشار إليه.

ورغم أن هذين النصين القانونين يفيدان عدم إمكانية استبعاد المحاضر المنجزة في الجنح، إلا إذا طعن فيها بالزور، فإن

محكمة النقض تمارس سلطتها التقديرية حول هذه المحاضر؛
فإذا لم تقتنع بمضمونها استبعدتها، وهذا ما قضت فيه في

القرار الصادر عنها بتاريخ 09 فبراير 2012 والذي جاء فيه ما يلي:

» وحيث إن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من إدانة الطاعن من أجل المخالفة الغابوية فيكون قد

تبنى علله وأسبابه. وأن الحكم المؤيد استند علي أن محضر المخالفة لا يطعن فيه إلا بالزور، وأن العون التقني عاين قطعة

أرضية محروثة، ومعشوشبة بالمكان المسمى » أقيت » وبأن الطاعن لم يدل برخصة تخول له القيام بذلك. في حين فإن

من الثابت من وثائق الملف أن هناك خبرة قضائية أنجزت من طرف الخبير أحمد العصمي بتاريخ 26/2/1997 خلص فيها

إلى أن الأرض المسماة » أوقيت» موضوع محضر المخالفة الغابوية هي أرض بيضاء وليست داخلة في الملك الغابوي، وأن

المحكمة عندما أصدرت قرارها على النحو المذكور، ودون أن تناقش الخبرة المأمور بها جاء قرارها ناقص التعليل الموازي

لانعدامه، الأمر الذي يعرضه للنقض والإبطال «.

(القرار عدد 186 الصادر بتاريخ 09 فبراير 2012 في الملف جنحي عدد .8429/6/8/2011 (منشور في مجلة ملفات عقارية

الصادرة عن محكمة النقض، العدد الرابع. مرجع سابق. الصفحة 250 وما بعدها).

(2) - القرار عدد 305 الصادر بتاريخ 25 يناير .1963 (منشور في مجلة القضاء والقانون عدد 65 و66 و67.السنة 7، يناير،

ومارس 1964. الصفحة 272).

الجنائي، والذي يفيد بأن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للاعتراف بالمخالفة الغابوية، فهل يترتب عن إبرام الصلح

إقرار المتهم باستحقاق الدولة للملك موضوع هذه المخالفة؟

المطلب الثاني:
آثار الصلح على الإقرار بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامي

عليها

تشترط دورية المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر رقم 4787 المتعلقة

بمعيار التصالح بشأن الجنح الغابوية، لإبرام الصلح، عندما يتعلق الأمر بمخالفة الترامي

على الملك الغابوي، من أجل البناء، أو التعشيب، أو الحرث، أن يدلي مرتكب المخالفة

بتعهد (التزام) مكتوب، يعترف فيه بحق الدولة على القطعة الأرضية المترامي عليها!،

وبالكف عن استغلالها. فهل يعني ذلك إقرار المعني بالأمر باستحقاق الدولة لهذا العقار؟

إن المشرع المغربي لم يعرف الإقرار تاركا هذه المهمة للفقه، حيث عرفه هذا الأخير بأنه

اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه، مقدرا نتيجته، قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه،

أو أنه اعتراف لشخص بحق عليه لآخر، قصد ترتيب حق في ذمته، وإعفاء الآخر من

إثباته، كما تم تعريف الإقرار بأنه اعتراف الخصم بصحة واقعة قانونية مدعى بها عليه".

والإقرار ينقسم إلى نوعين:
إقرار قضائي، وهو الذي يقوم به الخصم أمام المحكمة، وإقرار

(1) - تعتبر هذه الصياغة معيبة، وكان من المستحسن تغييرها بما يفيد عدم استحقاق المتصالح للبقعة الأرضية المترامى

عليها، عوض القول بالإقرار باستحقاق الدولة لهذا العقار، لأن هذا الإقرار ينحصر أثره بين الدولة، والمعنى بالأمر، دون أن

يمتد إلى الغير؛
إذ حتى لو أقر المتصالح بحق الدولة على هذه البقعة الأرضية، فإن ذلك لن يجدها نفعا تجاه الغير، الذي

قد يستظهر حججا ومستندات تثبت ملكيته لها.

(2) - عبد الكريم شهبون:
الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء

الثالث، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء الطبعة الأولى، السنة 1999، الصفحة 256.

(3) - ادريس العلوي العبدلاوي:

وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، السنة 1397/1977، الصفحة 161.

(4) - محمود جمال الدين زكي:

الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 1978، الصفحة 1119.

غير قضائي!، وهو الذي لا يقوم به الخصم أمام المحكمة، ويمكن أن ينتج عن كل فعل يحصل منه، وهو مناف لما يدعيه.

وبتطبيق هذه التعاريف على «التعهد» ، أو الالتزام الموقع من طرف المتصالح مع إدارة المياه والغابات، يتبين أنه يتم خارج أسوار المحاكم، وبالتالي يدخل ضمن الإقرار غير القضائي، وهذا الإقرار يفيد بأن المتصالح يعترف للدولة باستحقاقها للبقعة الأرضية موضوع الترامي، ما يترتب عنه سد الباب مطلقا أمام المعني بالأمر مستقبلا في منازعة الدولة في ملكية هذا العقار، حتى ولو ظهرت أدلة بعد ذلك تثبت استحقاقه لهذه البقعة الأرضية؛

فأحيانا يضطر المتصالح إلى إبرام صلح مع الإدارة وتقديم التزام بحق الدولة على العقار، كشرط للمصادقة على الصلح، تفاديا لعرضه على القضاء، وتجنبا للعقوبات الحبسية، لكنه سرعان ما يكتشف، مثلا، أن هناك قرائن أو دلائل تثبت عدم استحقاق الدولة للعقار موضوع المخالفة، فهل يحق له التراجع عن إقراره ومنازعة الدولة في ملكيتها؟

للجواب عن هذا السؤال، يمكن الرجوع إلى القواعد العامة للصلح الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ما دام التشريع الغابوي، والتشريع الجنائي أيضا، لا يتضمنان ما قد يسعف لحل هذا الإشكال، سيما أن الأمر هنا يتعلق بالإقرار المدني (استحقاق عقار)، وليس بالاعتراف الجنائي.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود يتبين أنه ينص في الفصل 1106 على ما يلي:

(1) - ينص الفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:

«الإقرار قضائي أو غير قضائي، فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم، أو نائبه المأذون له

بذلك إذنا خاصا .... ».

وينص الفصل 407 من نفس القانون على ما يلي:

«الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه، وهو مناف

لما يدعيه».

« لا يجوز الرجوع في الصلح، ولو باتفاق الطرفين، ما لم يكن قد أبرم باعتباره

مجرد عقد معاوضة «.

كما يمكن الرجوع إلى المقتضيات القانونية المتعلقة بالإقرار، كأحد وسائل الإثبات

المدنية، حيث ينص الفصل 414 من نفس القانون على ما يلي:

«لا يسوغ الرجوع في الإقرار، ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي «.

وبتطبيق هذين المقتضيين القانونيين، يتبين أن المتصالح الذي أبرم عقد صلح مع إدارة

المياه والغابات، لا يجوز له التراجع عن هذا الصلح، ولا عن الإقرار المضمن فيه، وتبعا

لذلك يترتب عن إقراره استحقاق الدولة للعقار بصفة نهائية.

لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يجوز للمتصالح أن يتراجع عن إقراره، إذا أثبت أنه

وقع في غلط مادي، كما يمكن له أن يطعن في الصلح بالإبطال، في عدة حالات

حصرها الفصل 1111 من قانون التزامات والعقود المغربي(؛

ومنها الطعن بسبب الإكراه،

أو التدليس، وهي الحالة التي يمكن أن يتمسك بها المتصالح في مواجهة إدارة المياه

والغابات، على اعتبار أن المعني بالأمر يكون مكرها للجوء إلى إبرام الصلح لتفادي

العقوبات الحبسية، وأداء التعويضات، والغرامات المالية كاملة، فهل يشكل هذا التخوف

إكراها وسببا للمطالبة بإبطال الصلح والإقرار ؟

(1) - ينص الفصل 1111 من قانون التزامات والعقود المغربي على ما يلي:

« يجوز الطعن في الصلح:

أولا:

بسبب الإكراه أو التدليس؛

ثانيا:

بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صفته أو الشيء الذي كان محلا للنزاع؛

ثالثا:

انتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجري:

أ- على سند مزور؛

ب- على سبب غير موجود؛

ج. على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة، كان الطرفان أو أحدهما

يجهل وجوده.

ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية «.

للجواب عن هذا السؤال، يتعين الرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة لعيوب الرضا،

خاصة تلك المتعلقة بالإكراه؛

ينص الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي :

« الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطته شخص

شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه «.

ويضيف الفصل 48 من نفس القانون ما يلي :

«الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية، أو عن الإجراءات القانونية

الأخرى لا يخول الإبطال، إلا إذا استغلت حالة المتعاقد المهدد بحيث

تنتزع منه فوائد مفرطة، أو غير مستحقة، وذلك ما لم يكن التهديد مصحوبا

بوقائع تكون الإكراه بالمعنى الذي يقتضيه الفصل السابق».

يستفاد من هذين النصين القانونيين، أن الخوف من اللجوء إلى القضاء لمتابعة المتهم

جنائيا، لا يعتبر إكراها يترتب عنه الحق في المطالبة بإبطال الصلح، وذلك نظرا لكون

الإكراه المعتد به هو الذي لا يسمح به القانون، في حين أن الأصل، طبقا للقوانين

الجاري بها العمل، في ارتكاب المخالفات الغابوية، كبقية الجرائم، عرضها على القضاء لمتابعة المتهم وإصدار العقوبات المناسبة. ويبقى اللجوء إلى إبرام الصلح، هو استثناء من القاعدة، كما أن الفصل 48 المشار إليه، جاء صريحا وواضحا فيما يتعلق بعدم اعتبار الخوف الناتج عن التهديد باللجوء إلى القضاء، سببا يخول الإبطال.

وبناء عليه، إن التعهد أو الالتزام الموقع من طرف المتصالح لفائدة الدولة، والذي يقر فيه بأحقية هذه الأخيرة على الملك المترامى عليه، يعتبر إقرارا غير قضائي باستحقاقها لهذا العقار، وهو الإقرار الذي لا يجوز له، طبقا للمقتضيات المشار إليها التراجع عنه، حتى

ولو ظهرت فيما بعد حجج، أو أدلة تثبت ملكيته له، أو بالأحرى عدم استحقاق الدولة لهذه البقعة الأرضية المستولى عليها، اللهم إذا أثبت أنه وقع في غلط مادي، مفاده مثلا أنه أبرم الصلح على قطعة أرضية مملوكة له. وكان يعتقد أن الأمر يتعلق بعقار آخر، وهي حالة نادرة الوقوع.

ولعل ما يزيد من التضبيق على المتصالح، هو أن الإقرار يعتبر سيد الأدلة ضمن وسائل الإثبات المدنية، فهو حجة قاطعة على المقر، وملزم للقاضي، ويعفي الطرف الآخر من إقامة الدليل على ادعاءه، ذلك أن سلطة القاضي في تقدير الإقرار في الإثبات المدني، هي سلطة محدودة جدا، خلافا للقاضي الجنائي الذي له سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالاعتراف، أو استبعاده، حسب اقتناعه الصميم، في إطار مبدأ حرية القاضي الزجري في الاقتناع، ولكون الإقرار إذا ما جاء مستوفيا لشروطه، فإنه يكون حجة على المقر، ولا تملك المحكمة حيال ذلك، إلا الأخذ به، واعتماده كوسيلة إثبات وتأسيس حكمها عليه .

وعلى الرغم مما ينص عليه الفصل 407، الفقرة الثانية، من قانون الالتزامات والعقود من أن:

«مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق «، فإن ذلك لن يجد المتصالح في شيء، لأن هذا المقتضى يتعلق بطلب، أو عرض الصلح على الخصم، وهو العرض الذي يكون غير مقترن بأي تعهد، أو التزام، أو إقرار، أما الحالة موضوع المناقشة، فتتعلق بوجود التزام، وتعهد مكتوب وموقع من طرف المصالح، يقر فيه

بحق الدولة على العقار المترامى عليه، وهو إقرار يلزم القاضي المدني بالأخذ به.

يتبين مما سبق، أن مرتكب المخالفة الغابوية يجد نفسها في الكثير من الأحيان في حيرة من أمره، ومحاصر بين مطرقة المتابعات الجنائية، وسندان الشروط الموضوعة من طرف إدارة المياه والغابات، وبالتالي يصعب عليه حسم الموقف الذي سيتخذه بشأن المخالفة

المرتكبة من طرفه، لا سيما أن قبوله للصلح مع إدارة المياه والغابات سيترتب عنه، التنازل عن حقه في المطالبة بهذا العقار مستقبلا، وإقراره باستحقاق الدولة له. ويبقى القضاء هو الملجأ الوحيد لحسم هذا الأمر، ولذلك يتعين عليه ممارسة رقابته، إذا ما عرض عليه النزاع بعد إبرام الصلح، واستعمال كامل صلاحياته، وسلطاته في تقدير قيمة هذا الاعتراف، انطلاقا من المستندات المعروضة عليه.

قائمة المراجع المعتمدة

- محسن الصويب:

الملك الغابوي وقواعد حمايته جنائيا، المطبعة والوراقة الوطنية -

مراكش، الطبعة الأولى، السنة 2016.

- عمر أبو الطيب:

الدعوى العمومية، شركة بابل للطباعة، والنشر، والتوزيع - الرباط،

الطبعة الأولى، السنة 1995.

- محمد حكيم الحسين حكيم:

النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية

(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2002،

:

احمد الخمليشي:

شرح قانون المسطرة الجنائية، الدعوى المدنية - الدعوى العمومية

- البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع -

الرباط، السنة 1988.

- جمال الطاهري:

حجية الأمر المقضي به في المادة المدنية، محاولة حد وتحديد،

مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1432/2011.

- العلوي جعفر:

المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها، وقضاء، دار القلم-

الرباط، السنة 2000.

- احمد الخمليشي:

شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة 1990،

مطبعة المعارف الجديدة - الرباط.

- احمد فتحي سرور:

القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية،

السنة 2002.

- عبد الكريم شهبون:

الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب

الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء الطبعة

الأولى، السنة 1999.

- ادريس العلوي العبدلاوي:

وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة

الأولى، السنة 1397/1977.

- محمود جمال الدين زكي:

الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة

جامعة القاهرة، السنة 1978.

- محمد الشلي:

المصالحة الجمركية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في

الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس اكدال-

الرباط، السنة الجامعية - 2008 2009.

- عبد العزيز الأحمدي:

الحماية القانونية والقضائية للملك الغابوي بالمغرب، أطروحة
لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة
محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية -2015 2016.

- نور الدين الرحالي:
المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في المغرب، أطروحة لنيل

الدكتوراه في العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،
جامعة محمد الخامس بالرباط، السمنة الجامعية -2014 2015.

- رابحي قويدر:
القضاء الدولي البيئي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام،
كلية الحقوق، الجزائر، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية -2015 2016.

- أحمد بنطالبة:
الحماية الجنائية للغابة المغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة
الجامعية - 2008 2009.

- نادية المشيشي:
الحماية الجنائية للبيئة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الد كتوراه
في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي، جامعة
محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية -2014 2015.

- سعادي عارف محمد صواطفة:
الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة لنيل درجة
الماجستر في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس -
فلسطين، السنة الجامعية 2010.

- حميد القلعي:
المصالحة الجمركية، إشكالية الطبيعة القانونية والرقابة القضائية، بحث
لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد
بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية -2009 2010.

- نادية المشيشي وأحمد بنطالبة:
» التشريع الجنائي ودوره في مواجهة التغيرات المناخية
«، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 100، الطبعة
الأولى 2017.

- ETTAYBI:
Consommation et moralité»‹ in la Gazette du Palais - 1974.
- MEKOUAR (M.A), Etudes en droit de l'environnement, éditions Okad,
Casablanca, 1988.
- CAUSSE (L.M.F),» La transaction en matière pénale», Thèse de Doctorat en
droit, Faculté de droit de Toulouse, Librairie générale de droit et de jurisprudence,
Paris
- ETTAYBI (A):
«La responsabilité civile à l'épreuve du préjudice écologique :
cas de l'affaire de l'Erika» , Travaux du colloque international organisé à la Faculté
des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l'Université Mohamed V
Souissi- Rabat, les 12 et 13 novembre 2012 sur le thème:
« l'environnement et
le développement durable:
Les nouvelles alternatives », Textes réunis par Bouchra
NADIR, Imprimerie El Maarif Al Jadida, Rabat, 2014.
- XAVIER (D.M):
«Publicité, Consommation et moralité»¿ in la Gazette du Palais
- 1974.
- DUPRE (J.F). «La transaction en matière pénale»‹ Thèse de Doctorat‹ Paris
1975.

١١١. كيفية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين في

قضايا الأسرة

إعداد:
الأستاذ بندعيجو عبد السلام

رئيس قسم قضاء الأسرة

بالمحكمة الابتدائية بالرباط

تمهيد:

حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها حث ديننا الحنيف على كل ما يساعد على استمرار الحياة الزوجية في جو يسود فيه الوئام والاطمئنان وطوقها بمجموعة من الأحكام والضوابط لتحقيق هذا الهدف.

ولهذه الغاية حث القرآن الكريم على الصلح بين الزوجين وسمي « خيرا «فقال سبحانه وتعالى « والصلح خير « (النساء 128)

ذلك أنه بالصلح تأتلف القلوب، وتعفو النفوس، وتطيب الخواطر والمشاعر، وبه يحصل المقصود، بعيدا عن أي ضغينة أو أحقد بين الزوجين، وبهذا خالف الصلح الحكم، وفي هذا الصدد قيل في المثل الشعبي «صلح خاسر ولا دعوى مربحة».

وللصلح أهمية كبرى على الزوجين وعلى الأسرة عموما.

وإذا كان من المسلم به أن الحياة الزوجية تطرأ عليها - أحيانا - بعض الهزات تختلف درجاتها من أسرة لأخرى، تبعا لنوعية الخلاف، والذي يعتبر أمرا طبيعيا، وقد لا تسلم منه أسرة، وكانت الغاية المتوخاة من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة هي استقرار الأسرة، فإن مما يحافظ على هذا الاستقرار الصلح بين الزوجين لما يؤدي إليه من الحفاظ على كيان الأسرة من التصدع والتفكك.

ذلك أنه بإنصاف المرأة، وبحماية حقوق الأطفال، وبالحفاظ على كرامة الرجل يحافظ على توازن الأسرة واستقرارها.

وهكذا فإن طبيعة هذا الموضوع العملي في كيفية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين تقتضي تناول محتوياته على الشكل التالي:

- مفهوم الصلح والحث عليه (أولا)
- توفير المناخ لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين (ثانيا)
- الكفاءات والمهارات المتطلبة في قاضي الصلح (ثالثا)
- التفعيل الجيد لمحاولة الصلح (رابعا)
- الكيفية العملية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين (خامسا)
- آليات التوفيق المساعدة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين (سادسا)
- العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في قضايا الأسرة (سابعا)
- الإحصائيات المسجلة في الصلح بين الزوجين (ثامنا)
- مقارنة بين محاولة الصلح والوساطة (تاسعا)
- خلاصات واقتراحات (عاشرا)

أولا:

مفهوم الصلح والحث عليه:

مفهوم الصلح

الصلح في اللغة إنهاء الخصومة، واصطلاحا إنهاء نزاع قائم أو محتمل بشأن خصومة بعد تنازل كل طرف عن جزء من حقه في النزاع، (كما عرفه أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة في العصر الحديث الدكتور وهبة الزحيلي (1932 - 2015). كما يعرف الصلح بأنه الجمع والتأليف بين الناس.

الحث على الصلح

نظرا لأهمية الصلح، وما يترتب عنه من آثار جد حميدة على الناس بصفة عامة، وعلى الأسرة بصفة خاصة، تم الدعوة إليه والحث عليه في عدة مرجعيات.

الحث على الصلح في القرآن الكريم

جاء في قوله تعالى «:

وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما

أن يصالحها بينهما صلحا، والصلح خير ...... (النساء 114)

وقال عز من قائل:

» فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم (الإنفال 1)

وقال جل علاه:

» إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم «(الحجرات 10)

ورعيا للدور الرائد للصلح في رأب الصدع وتصفية الأجواء ورد الحث عليه في عدة آيات قرآنية.

الحث على الصلح في السنة

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة

والصدقة؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال إصلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة .... » (سنن أبي داوود) وقال ابن منظور « الحالقة أي التي من شأنها أن تحلق أي تهلك وتستأصل الدين كما تستأصل الموسى الشعر» لسان العرب 293/3.

- واعتبارا لأهمية الصلح وما يحققه من نتائج جد إيجابية أنه تسومح فيه بالكذب مع أنه محرم، وفي هذا الصدد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الكذب مذموم إلا في أمرين:

دفع شر الظلمة، وإصلاح ذات البين».

كما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم «لصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»

الحث على الصلح في أقوال الصحابة

- كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قائلا «رد الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن «.

وقال أنس رضي الله عنه:

« من أصلح بين إثنين أعطاه الله بكل كلمة عتق رقبة»

(الترغيبوالترهيب، (489/3).

الحث على الصلح في الأدب العربي

من أهمية الصلح أنه يحافظ على المودة وبه يتم التجاوز عن الأخطاء، ليعيش الناس في

ألفة وفي اجتماع، وهذا ما يتجلى فيما جاء عن الشاعر العربي ما نصه:

فاليوم تصالحنا ****** ونطوي ما جرى منا

فلا كان ولا صار ****** ولا قلتم ولا قلنا

فما أحسن أن نرجع ***** للود كما كنا

الحث على الصلح في بعض القوانين العربية

*نص الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه لا يصدر حكم الطلاق إلا بعد

أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك، وتجري

محاولة الصلح ثلاثة مرات عند وجود أطفال من بينهم طفل قاصر أو أكثر لدى الزوجين،

ويمكن الاكتفاء بجلسة واحدة إذا كان الطلاق بالتراضي.

*نص القانون الجزائري في المادة 49 (الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) على

ما يلي:

« لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن

تتجاوز المدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر

يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

*نص القانون السوري في المادة 88 من مرسوم رقم 59 لسنة 1953 المنشور بتاريخ

17/9/1953 المنشور بتاريخ 17/9/1953 على ما يلي:

إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق

أو معاملة معالجة، أجلها القاضي شهرا أملا بالصلح.

*نص القانون العماني في المادة 89 من قانون رقم 32 لسنة 1997 المنشور بتاريخ

15/06/1997 على ما يلي:

« ... على القاضي قبل وقوع التصريح بالطلاق أن يحاول

إصلاح ذات البين »

الحث على الصلح في مدونة الأسرة

أولت مدونة الأسرة الصلح بين الزوجين عناية واهتماما كبيرين، حيث ألحت على إجراء محاولة الصلح في مسطرة التعدد وقبل الإذن بالإشهاد بالطلاق بكل أنواعه، من الطلاق الرجعي، والطلاق قبل البناء، والطلاق المملك، والطلاق الاتفاقي، والطلاق الخلعين، وألحت عليه قبل الحكم بالطليق سواء التطليق للضرر، أو الشقاق، أو لعيب أو للإيلاء والهجر، باستثناء التطليق للغيبة، لتعذر إجراء محاولة الصلح فيه بسبب غياب الزوج، طبقا لأحكام المواد 82 - -89 94 - 113 من المدونة.

كما ألحت المدونة على مضاعفة الجهود في الصلح بتكرار محاولته، حينما يكون للزوجين أطفال، حفظا على تماسك الأسرة واستقرارها وبقائها مجتمعة، وتلافيا لكل تفكك لا تخفى عواقبه على الزوجين والأولاد بصفة خاصة، وعلى المجتمع بصفة عامة.

علما بأن المشرع في قانون المسطرة المدنية نص على إجراء محاولة الصلح في جميع قضايا الأسرة، الفصل 180 « إذا أحيلت القضية على القاضي استدعى حالا الأطراف إلى الجلسة.

يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجرى دائما محاولة الصلح «

والغاية من الحث على إجراء محاولة الصلح في كل قضايا الأسرة حماية الأسرة من كل تفكك وتصدع، والحفاظ على بقائها تنعم بالود والاطمئنان والاستقرار.

ثانيا:

توفير المناخ المناسب لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

يعتبر توفير الفضاء الملائم في أقسام قضاء الأسرة لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين من الأهمية بمكان، رعيا لخصوصيات الأسرة وللعناية بأفرادها، لذا ورد في احدى الخطب الملكية السامية الحث على الإسراع بإيجاد مقرات لائقة بقضاء الأسرة بمختلف محاكم المملكة.

ولتوفير هذا الفضاء ينبغي أساسا إيجاد بناية تتوفر على جميع المرافق الضرورية، من شباك المعلومات لمساعدة المواطنين للولوج إلى خدمات العدالة، وقاعة الاستقبال، وتوفير قاعات لائقة لإجراء محاولة الصلح فيها، وتجهيزها بما يساعد على نجاح محاولة الصلح وهذا ما يتجلى فيما يلي:

شباك المعلومات لإرشاد المواطنين

مما يساعد المواطنين الوافدين على أقسام قضاء الأسرة للولوج إلى خدمات العدالة ما يسمى بمركز الاستقبال أو شباك المعلومات «.

وهذا المركز أو الشباك يلعب دورا مهما في مساعدة المواطنين لمعرفة المكاتب أو القاعات المقصودة أو لمعرفة بعض المعطيات حول ما يتعلق بقضاياهم، من قاعات وشعب وغيرها من المكاتب حتى لا يبقى المرتفق تائها، وخاصة إذا كان قسم قضاء الأسرة كبيرا.

لذا فدور هذا المركز يتجلى في التوجيه والإرشاد والتوعية وتمكين المعنيين بالأمر بالمطويات والمطبوعات عند الاقتضاء.

والوزارة الوصية جادة بشراكة مع فاعلين محليين ودوليين من أجل تقديم خدمات حداثية وعصرية مجهزة بالمعلوميات لمساعدة الوافدين على أقسام قضاء الأسرة، وذلك بإعطاء

هذا الشباك دينامية جديدة ودورا طلائعيا من خلال الورشات والدراسات التي تناقش هذا الموضوع حتى تكون له الفعالية والنجاعة في الدور المنوط به عملا بمبدأ « سياسة القرب « من المواطنين وهمومهم وتفعيلا لمبدأ «القضاء في خدمة المواطن».

قاعة الاستقبال

رعيا لكرامة الإنسان بصفة عامة، ولمختلف أوضاع الناس وظروفهم فمن الملائم إيجاد قاعة للاستقبال وانتظار إجراء محاولة الصلح، وحتى تتحقق الغاية المتوخاة منها يتطلب فيها ما يلي:

- أن تكون هذه القاعة ملائمة وصالحة.
- أن تكون مجهزة بما يخدم راحة المواطنين.
- أن تكون في بهو القاعة لوحة ملصقة تتضمن إرشادات إلى القاعة التي تجري فيها

محاولة الصلح والى كل ما يقدم خدمة للناس.

- أن يكون هناك فضاء للأطفال.

المكان الملائم لإجراء محاولة الصلح

من المعلوم أن ملاءمة المكان لها دور كبير على نفسية الإنسان، لذا وحتى يكون المكان ملائما فإنه يتطلب فيه ما يلي :

- أن تكون البناية صالحة ومتسعة، نظرا لكون المكان يتوافد عليه، بالإضافة إلى الزوجين الفئة المساعدة على محاولة إجراء الصلح، من الحكمين أو مجلس العائلة أو المحامين.

- أن يساعد المكان على السرية وذلك حفاظا على أسرار الزوجين، لذا اختير للجلسة أن

تكون بغرفة المشورة، طبقا لأحكام المادة 82 من المدونة، التي جاء فيها « عند حضور الطرفين تجري المناقشة بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه «

ثالثا:

الكفاءة المتطلبة في قاضي الصلح :

النجاح محاولة الصلح يجب أن يتوفر في قاضي الصلح الذي يجري المحاولة الكفاءة المهنية، والكفاءة السلوكية.

الكفاءة المهنية لقاضي الصلح

نظرا لأهمية محاولة الصلح، وآثارها على الأسرة بصفة عامة، وعلى الزوجين والأطفال بصفة خاصة، ورغبة في أن تتحقق الغاية المتوخاة منها، فإنه يتطلب في القاضي الذي يقوم بهذه المهمة أن يكون كفأ، وحتى يكون كذلك ينبغي أن يتوفر على ما يلي:

- الثقافة القانونية

نظرا لكون محاولة الصلح تم الحث عليها قانونا، وتم الإلحاح على تكرارها عند وجود أطفال، فالقاضي مطالب بتكريس هذه المحاولة تفعيلا لإرادة المشرع المتمثلة في إبقاء الأسرة متماسكة مجتمعة يسودها الهدوء والاستقرار، خاصة إذا كان من بينها أطفال، علاوة على بعض الجوانب الأسرية التي تثار بمناسبة إجراء محاولة الصلح، كالنفقة والحضانة والنسب، مما تكون معه الثقافة القانونية ضرورة ملحة، وهذا مفترض في

القاضي وخاصة ما يتعلق بقضايا الأسرة.

- الثقافة القضائية

من المفترض في القاضي أن تكون له ثقافة قضائية، تتمثل في الاطلاع الواسع على الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة بقضايا الأسرة، وخاصة اجتهادات محكمة النقض، وكذا بالنسبة للأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية للقانون المقارن، حتى يكون له حس قضائي أسري متميز يستطيع به ومعه الإبداع والخلق في مجال الأسرة، خاصة في مجال الصلح والوساطة الأسرية.

- الثقافة ذات الصلة بالموضوع

بالإضافة إلى الثقافة القانونية والقضائية لقاضي الصلح فهو مطالب أيضا بأن تكون لديه ثقافة متعددة المواهب وينبغي أن يكون على دراية بالواقع الاجتماعي وعادات المجتمع، ومعرفة شخصيات الناس وأنماط السلوك لديهم، حتى يسهل عليه التعامل مع أوضاعهم ويضمن لمحاولة الصلح النجاح، وأن يتحلى بالفضائل من الصدق والاستقامة والمعاملة الطيبة والسلوك الحسن، والتخلي عن الرذائل.

وفي هذا الصدد أنشأت بعض الدول مراكز لإصلاح ذات البين والاستعانة بباحثين اجتماعيين ونفسيين وشرعيين، مع الاستعانة بأهل الخبرة والتجربة والاستشارة.

لذا يجب الاستفادة من العلوم والفنون ذات الصلة بالموضوع ومنها:

· العلوم الانسانية.

· علم النفس.

· علم الاجتماع.

· ثقافة حقوق الإنسان.

· مقاربة النوع.

· تقنيات الوساطة.

· تقنيات التواصل.

الكفاءة السلوكية لقاضي الصلح

تتجسد في هذه الكفاءة المعبر عنها بأخلاقيات المهنة فيما يعرف بالتحلية والتخلية، أي ما يجب أن يتحلى به القاضي - خاصة قاضي الأسرة - بالأخلاق الفاضلة، والسلوك الحسن، وما يجب أن يتخلى عنه، من كل السلوكيات التي تتنافى معه، فقاضي الصلح خاصة يجب أن يكون على قدر عال من الأخلاق والمروءة والعفة، إذ أن تعامله في مجال الأسرة يكون مع النساء في الزواج والطلاق والنفقة والحضانة وغير ذلك، وفي هذا الصدد نعرض لبعض الأخلاق لأهميتها الكبرى في مجال قاضي الصلح وتتجلى:

- المروءة

هذا الخلق تجمع فيه ما تفرق في غيره، لذا فقد قيل انها جماع مكارم الأخلاق، ومحاسن الأدب، لذا فأحسن ما يوشح به القاضي، وعلى الأخص قاضي الاسرة قاضي الصلح بين الزوجين، اتصافه بهذا الخلق.

- حسن الخلق

فالقاضي مطلوب منه عموما وفي جلسة الصلح مع الزوجين خصوصا أن يكون بشوشا ، طليق الوجه ، لا عبوسا، ورحيما متسامحا، لا جافا ولا فظا غليظ القلب ولينا في تعامله

مع الناس، في طرح الأسئلة عليهم، وفي البحث معهم، وفي هذا قال الله تعالى لموسى وهارون عليهما السلام، حينما أمرهما بالذهاب إلى فرعون لدعوته للتوحيد :

فقولا له

قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى (طه 44) علما بأن المخاطبين هما موسى وهارون عليهما السلام « وأن الذي سيدعوانه هو فرعون القائل « أنا ربكم الأعلى» (النازعات 24) ومع ذلك كان الحث على التعامل معه باللين وبالأحرى غيره اللذين يستحقان هذا اللين ، إنهما الزوجان في جلسة الصلح لما هو مقرر من أن « ما يدرك باللطف لا يدرك بالعنف «.

- الحلم

في بعض الأحيان يقع في جلسة الصلح تصرف من أحد الزوجين يتسم بالتوتر ، إما تجاه الزوج الآخر أو تجاه القاضي، ويصل في بعض الأحيان إلى حد رفع الجلسة والمطلوب من القاضي الصلح أن يهيئ الجو ، ويوفر المناخ للصلح ، وذلك بتهدئة الطرف المعني بالأمر، رفع الجلسة تأخير النظر في الموضوع إلى جلسة أخرى، وبصفة عامة أن المطلوب من القاضي أن يتحكم في تسيير الجلسة، وهذا لا يكون، طبعا، بتوتر مواز منه، ولكن القاضي بحنكته وحلمه يقوم باحتواء ذلك، ويخلق مناخا آخر يغير ما وقع، ولذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه « اللهم أعطني العلم وأعطني السكينة والحلم «

- كتم أسرار الزوجين

مما يجب على القاضي الصلح كتم أسرار الزوجين والحفاظ عليها، فالأسرار أمانة يجب الحفاظ عليها، وأنها حق وملك للزوجين لا ينبغي التصرف فيها.

رابعا:

التفعيل الجيد لمحاولة الصلح:

إن تفعيل محاولة الصلح على نحو أحسن يقتضي إعداد استراتيجية محكمة لملفات القضايا الأسرية التي تجري فيها المحاولة، والتسيير المحكم لجلسة الصلح، وإجراء المحاولة بالجدية المطلوبة وتتجلى هذه الاستراتيجية فيما يلي:

الاعداد الجيد للملفات

ملفات الصلح يجب دراستها دراسة قبلية ومركزة وذلك حتى يتم التركيز في محاولة الصلح على النقط التي تخدم الهدف، وتحقق الغاية المتوخاة من هذه المحاولة، كما يجب المساعدة على استكمال وثائق الملف وإشعار الأطراف بالوثائق التي تنقص ملفاتهم.

إدراج العدد الملائم من الملفات في جلسة الصلح

في هذا الصدد يقتضي الأمر ترشيد الملفات مع العدد الموجود من القضاة، وذلك لكي تجري محاولة الصلح في ظروف ملائمة أكثر، وبالكيفية التي تتحقق معها نتائج أحسن في الصلح ويسهل دراسة الملفات وإعداد بطاقة مصغرة لكل ملف تتضمن النقط المهمة للتركيز عليها في جلسة الصلح.

وعلى القاضي بذل قصارى جهده في محاولة الصلح، وأن يكرر هذه المحاولة عند

الاقتضاء، لأن تكرارها من ضروريات عمل المصلح الذي يتفقد الزوجين من حين لآخر،

والغاية من هذا التكرار التأثير في الزوجين.

خامسا:

الكيفية العملية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين

استنادا إلى ما ذكر، ورغبة في أن تتحقق محاولة الصلح الغاية المتوخاة منها المتمثلة في

الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها، ورعيا للتجارب الحديثة في الوصول إلى التسوية

الودية التي أصبحت تتبناها مختلف التشريعات الحديثة، فإن محاولة الصلح أصبحت

تخضع لمنهجية حديثة، وتقنيات خاصة بها ومعها يتم التعامل مع الزوجين في مختلف

شرائح المجتمع، ولم تبق هذه المحاولة كما كانت من ذي قبل، وإنما وضعت لها

ضوابط واستراتيجية يتعين التقيد بها، والتفاعل معها، وهذا ما يتبين فيما يلي:

- ما يتطلب من القاضي في جلسة الصلح.
- ما يتطلب من القاضي في مرحلة الحوار مع الزوجين.
- ما يجوز للقاضي في جلسة الصلح.

ما يتطلب من القاضي في جلسة الصلح

في هذا الصدد يتطلب من القاضي، بالإضافة إلى الشروط الشكلية والضوابط القانونية

التي توجبها القوانين المرعية لانعقاد الجلسات بصفة عامة، ما يلي:

- الدخول الى الجلسة بنية الصلح.
- التأكد من هوية الزوجين.
- إشعار الطرفين بمحاولة الصلح.
- توضيح القاضي أهمية الصلح على الأسرة.
- التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه.
- ويبدو من المفيد تسليط الضوء على هذه النقط بإيجاز.

- الدخول إلى الجلسة بينة الصلح

من المعلوم أن النية مطلوبة في كل عمل، عملا بالحديث الشريف، « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ... »

لذا فالقاضي مطلوب منه أساسا أن يدخل إلى الجلسة بنية الصلح لا بنية الطلاق، بل حتى الجلسة ينبغي أن تسمى جلسة الصلح، لا جلسة الطلاق أو التطليق، وأن يكتب في اللوحة جلسة الصلح، وأن يستعين بالله قبل البدء بالإصلاح مستحضرا قوله سبحانه « وإياك نستعين» (الفاتحة 5)

- التأكد من هوية الزوجين:

جرت العادة أن العون يدخل الزوجين إلى القاعة أو المكتب الذي ستجرى فيه محاولة الصلح، ونظرا لكون الأمر يتعلق بالصلح بين الزوجين، فيبدو من المفيد والملائم، ورعيا الخصوصيات الأسرة، أن القاضي

يفاتحهما بعبارة « تفضلوا كما هو الشأن بالنسبة للوساطة، وهذا يعطيهما الثقة والاطمئنان أكثر وأن يتعامل معهما بطلاقة الوجه وحسن القول ولين الجانب، فهذا التقديم له أهميته في نجاح الصلح، بل يجعل الزوجان يحسان بأنهما أمام قاضي للأسرة يقترب منهما لمساعدتهما على قضيتهما، وليس أمام محقق أو محاكمة.

ثم بعد ذلك يجب التأكد من هوية كل من الزوجين، وهذا التأكد يعتبر مهما لتحديد الزوجين اللذين ستجرى معهما محاولة الصلح.

- إشعار الطرفين بمحاولة الصلح

يشعر القاضي الطرفين بأنه سيجري معهما محاولة الصلح، حتى ولو كان هناك اتفاق بينهما على إنهاء العلاقة الزوجية، وذلك من أجل تهيئهما لهذه المحاولة.

- توضيح القاضي أهمية الصلح

القاضي يوضح للطرفين أهمية الصلح على الأسرة بكل مكوناتها وعلى المجتمع، ويذكرهما بإيجابيات الوفاق وسلبيات الفراق، بإيجاز، ولا يدع للخلاف موقعا، فيزيل الأشواك ويغرس مكانها الورود.

ومن أجل اطمئنان الزوجين لابد للقاضي من تذكيرهما بأنه أمين على أسرارهما، كما يطلب من القاضي الصلح أن يتصف بالحياد، وأن يبقى على مسافة من الزوجين، وأن يستمع إليهما معا، ويوضح لهما أنه مصلح، وليس خصما لأحد، وبهذا يكون محل تقدير واحترام منهما معا، وإذا تعنت أحد الزوجين فلا ينبغي قهره او تهديده، حتى لا يكون خصما لأحدهما، بل يتعين عليه أن يستحضر في هذه الجلسة الحياد والعدل، والانصاف كلما أحس بالميل والاستمالة، استنادا إلى ما في الرسالة العمرية في القضاء التي جاء فيها « .... آس بين الناس في وجهك وعدلك ... «

- التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه

للمساعدة على جمع معلومات مركزة ومضبوطة في وقت وجيز لا بد من التذكير بعدم مقاطعة أحد الزوجين الآخر في كلامه، إذ من الأخلاق عدم مقاطعة أحد على الآخر كلامه إلا عند الحاجة، وهذا يجعل الزوجين يحسان بأنهما أمام التزام أدبي يتمثل في احترام كل منهما الآخر، مما يسهل مأمورية قاضي الصلح في إدارة الحوار بين الزوجين في جو يتسم بالانضباط ويطبعه النظام والاحترام.

ما يتطلب من القاضي في مرحلة الحوار مع الزوجين:

القاضي في هذه المرحلة يتطلب منه قبل إجراء محاولة الصلح عدة أمور تساعده على نجاح المحاولة، وتتجلى في إعطاء الكلمة لكل واحد من الزوجين، ليتحدث عن دواعي الخلاف بينهما وتمكين كل واحد من التعقيب والردود.

كما يتعين على القاضي تهدئة الزوجين عند الاقتضاء في بعض الأحيان التي يحدث بعض التوتر، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتدخل بأسلوب حكيم ومرونة ليضع حدا لذلك، ويعيد الزوجين إلى توازنهما ورشدهما، إما بتوقيف الجلسة، أو بتأخيرها إلى جلسة أخرى، أو بالانفراد بكل فرد على حدة، إلى غير ذلك مما يساعد على الحوار الهادي والهادف، وهذا ما يسمى في الوساطة ب «عقد جلسات منفصلة « أو جلسات منفردة.

ما يجوز للقاضي في جلسة الصلح:

يعمل قاضي الصلح ما في وسعه إلى ما يحقق نجاح محاولة الصلح بين الزوجين

فهو يقوم بما يلي:

- إجراء محاولة الصلح بقاضي منفرد.

- انتداب حكمين.

- الاستعانة بمجلس العائلة.

- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للصلح.

- إشراك الهيئة القضائية عند الاقتضاء.

- الاستماع إلى الأطفال عند الحاجة.

- الاستماع الى الأطفال عند الاقتضاء.

- إجراء محاولة الصلح بقاضي منفرد:

أثبت التجربة العملية أن إجراء محاولة الصلح من طرف قاض منفرد أحسن من إجرائها بهيئة جماعية، لكون الزوجين يتحفظان أمام الهيئة الجماعية، والنيابة العامة، وكاتب الضبط، بالإضافة إلى حضور الدفاع والحكمين أو مجلس العائلة عند الاقتضاء.

لذا فإن إجراء المحاولة بقاض منفرد له نقاعته وأهميته، وهذا ما يسير عليه العمل في أقسام قضاء الأسرة بعد اخذ التجربة في بداية دخول مدونة الأسرة بهيئة جماعية.

- انتداب حكمين

مما تستعين به المحكمة على إجراء محاولة الصلح انتداب حكمين، وسيتم الكلام عليهما ضمن آليات الصلح.

- الاستعانة بمجلس العائلة

يمكن للمحكمة الاستعانة أيضا بمجلس العائلية على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين.

- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للصلح

يرى القاضي في بعض الأحيان ، أن هناك من يكون لهم دور كبير في نجاح محاولة الصلح فيعينهم ، كانتداب المجلس العملي والمؤهل بطبيعته للقيام بمهمة إصلاح ذات البين بين الزوجين ، وفي هذا الصدد تم التنسيق بين وزارة العدل والمجلس العلمي

الأعلى ، وتم إصدار منشور في هذا الصدد للسادة القضاة بإمكانية الاستعانة بالمجلس

العلمي للقيام بإجراء محاولة الصلح ، وكذا انتداب القضاة الملحقين في بعض السفارات

أو القنصليات بالخارج للقيام بمحاولة الصلح لأفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج ، أو

المساعدات الاجتماعيات اللائي أثبتت التجربة كفاءتهن في هذا المجال وغيره ، أو غير

ذلك من الأشخاص والهيئات والمؤسسات التي ترى المحكمة أنها مؤهلة لهذا الغرض .

- إشراك الهيئة القضائية عند الاقتضاء

من المعلوم أن القانون أسند مهمة الصلح إلى المحكمة، إلا أن التجربة أثبت نجاعة

ونجاح الصلح الذي يقوم به القاضي الفردي على الهيئة الجماعية، إلا أنه بالإمكان عقد

جلسة الصلح بهيئة جماعية إن اقتضى الأمر ذلك.

- الاستماع الى الأطفال عند الحاجة:

تكون الحاجة ماسة في بعض الأحيان، الاستماع لبعض الأشخاص لتوضيح بعض الأمور،

أو لإضافة بعض المعطيات، أو غير ذلك مما يقتضيه الصلح، فالقاضي له الصلاحية في

ذلك للاستماع إما إلى أبوي الزوجين « أو بعض اقاربهما أو غير ذلك، ممن يرى أن هناك

فائدة في الاستماع إليه، لكن مع مراعاة خصوصيات الأسرة.

وعند الضرورة يكون من المفيد الاستماع إلى الأطفال للتعرف على وضعهم الصحي

والنفسي والاجتماعي والدراسي، وكذا التعرف على نفسية الأطفال وغير ذلك مما يساعد

على اتخاذ كل التدابير اللازمة للعناية بالأطفال وحمايتهم.

سادسا:

آليات التوفيق المساعدة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

تتجلى هذه الآليات في تعيين حكمين أو مجلس العائلية أومن تراه المحكمة مؤهلا

لإجراء محاولة الصلح، فيما يلي:

أ- تعيين القاضي حكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين

ب-تعيين مجلس العائلية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين

ج- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للقيام بمحاولة الصلح

أ- تعيين القاضي حكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين:

من المعلوم أن القاضي يستعين بحكمين للقيام بمحاولة الصلح في كل من طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق، وفي دعاوى التطليق وخاصة التطليق للشقاق، طبقا لأحكام المادتين 82 و94 من مدونة الأسرة.

فمن هما الحكمان؟ وماهي الحكمة والفلسفة من تعينهما من أهل كل من الزوجين؟ وماهي شروطهما؟ وكيف يتم توجيهما وإرشادهما لأدائهما مهمتهما على الوجه المطلوب؟

الحكمان شخصان يعينهما القاضي من أهل كل من الزوجين إن أمكن، وإلا عينهما من غير أهلهما، وذلك للقيام بإصلاح ذات البين بين الزوجين، وتتجلى علة تعيين الحكمين من أهل كل من الزوجين في أن كل واحد منهما يكون على بينة من أسباب النزاع بين الزوجين، ويجب أن يتوفر في الحكمين بعض الشروط الأولية، من بينها سن الرشد وأن يكون أهلا ليكون حكما، مجتنبا للكبائر، ويراعى فيه ما يحقق الغاية منه.

وحين يستدعي القاضي الحكمين ، ويحضران لديه يقوم القاضي بحث الحكمين على إقناع كل زوج بفكرة الصلح، وتذكير الزوجين بإيجابيات الصلح ومآسي الطلاق على الأسرة وعلى الأطفال خاصة، تنبيهما بأن يستأنسا في مهمتهما بتوجيهات كل من له نفوذ أدبي كالأب والجد، وإرشادهما بالاستعانة بتوجيهات وآراء أهل الفضل والصلاح من

الأقارب، وكل من له تأثير على الزوجين، والوصول بينهما إلى تأثير على الزوجين للتوصل إلى الصلح ، والمطلوب من الحكمين أن يقوما بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين ، وتكون لهما نية وإرادة الاصلاح بين الزوجين، لقوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا النساء 35 « وأن يجتهد ما أمكنهما ذلك لإقناع الزوجين بفكرة الصلح بكل الوسائل والطرق الممكنة.

وإذا نجح الحكمان في محاولة الصلح بين الزوجين أنجزا تقريرا، ورفعاه الى المحكمة

التي تشهد على الصلح بينهما، كما يرفعان إليها تقريرا إليها إذا لم تكلل المحاولة بالنجاح، وعندئذ تواصل المحكمة الاجراءات، من تحديد المستحقات بعد البحث عن الوضعية المادية للزوج، والحالة الاجتماعية للزوجة والأطفال إن كانوا.

ب- تعيين مجلس العائلية لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين:

يستعين القاضي بهذا المجلس في إصلاح ذات البين، طبقا للمادة 82 من مدونة الأسرة، المنظم بمقتضى مرسوم، ويتكون هذا المجلس من الأشخاص الآتية اسماؤهم:

- القاضي بصفته رئيسا.
- الأب والأم أو الوصي أو المقدم.
- اربعة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة، كما إذا كان أحد الزوجين يتيما ولا إخوة له، وليس له أصهار ولا أقارب وكذا بعض أفراد العائلية، أو كبر السن أو نقصان الأهلية، مما يتعذر معه تكوين المجلس مما ذكر كما يمكن - عند الاقتضاء - تغيير عضو من أعضائه، أو كلما كانت مصلحة في ذلك.

- ويمكن للقاضي صرف النظر عن استشارة هذا المجلس.

أما الكيفية العملية لقيام مجلس العائلية بمهمته، فإنه بعد فتح ملف للطلاق، وحضور الزوجين، وإجراء محاولة الصلح بينهما من طرف المحكمة وتعذر نجاحهما، فللمحكمة تعيين اعضاء مجلس العائلية إن كانوا حاضرين، أو بعد استدعائهم وتكلفهم بما يلي:

- البحث عن أسباب الخلاف بين الزوجين.
- محاولة إصلاح ذات البين بينهما.
- موافاة المجلس بنتيجة ما أنتهى له.
- تستمع المحكمة إلى أعضاء مجلس العائلة، قصد معرفة نتيجة المهمة التي كلفوا بها، ويدون كاتب الضبط نتائج أعمال المجلس التي تسفر إما، عن نجاح محاولة الصلح، أو عن فشل المحاولة، أو بالتنازل عن الطلب.

ج- تعيين من تراه المحكمة مؤهلا للقيام بمحاولة الصلح:

لتوسيع دائرة الآليات التي تساعد على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، خولت مدون الأسرة للمحكمة إمكانية تعيين كل من تراه مؤهلا للقيام بهذه المحاولة ، ويمكن لها الاستعانة بالآباء والأجداد لمالهم من نفوذ أدبي وتأثير على الأبناء والأحفاد، وكذا الاستعانة بالمجالس العلمية لما لها من كفاءات في الإقناع بالمرجعية الدينية وإمكانية على ادارة الحوار، وفي هذا الصدد تم التنسيق بين وزارة العدل والمجلس العلمي الأعلى من أجل إصلاح ذات البين بين الزوجين عند وقوع خلاف بينهما حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها في ظل المودة والرحمة والوئام، وخصصت مكاتب داخل أقسام قضاء

الأسرة لرؤساء المجالس الجهوية لإجراء محاولة الصلح .

ومن التجارب الحديثة المعتمدة يمكن الاستعانة بالمساعدات الاجتماعيات وذلك لما لهذه الفئة من حس مهني أسري ، ومن تجربة في تقنيات التواصل في هذا المجال ، وللإشارة فقد بدأت فكرة الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية في بداية الأمر في خمسة أقسام لقضاء الأسرة -الدار البيضاء - سلا - طنجة، بنسليمان، وانزكان، وعهد لها بعدة مهام في قضايا الأسرة تتعلق بزواج القاصر وسكن المحضون وصلة الرحم وكفالة الأطفال والعنف ضد المرأة ... وأبانت هذه التقرة عن دور رائد في مجال الصلح بين الزوجين وغير ذلك ، وتم تعميم هذه التقرة في باقي أقسام قضاء الأسرة بالمحاكم الابتدائية .

سابعا:

العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في قضايا الأسرة:

نظرا لأهمية محاولة الصلح على مكونات الأسرة فان العمل القضائي كرس فلسفة المشرع المتمثلة في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين قبل إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق.

إن المجلس الأعلى «سابقا « في ظل مدونة الأحوال الشخصية، حرصا منه على تفعيل محاولة الصلح نقض الأحكام التي لم تجر فيها محاولة الصلح، معللا ذلك تارة بخرقها لحق من حقوق الدفاع، وتارة بكونها غير مؤسسة، وتارة بمخالفتها للنظام العام، وأخرى بمخالفتها القانون والتشريع الداخلي، ومن هذه القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى

القرار عدد 370 بتراخى 18/10/1978 قضية عدد 54 - 661 والذي جاء فيه:

« وحيث إن كلا من الفصلين 212 من ق م مو56 من مدونة الأحوال الشخصية يجعلان محاولة الصلح بين الزوجين إجراء أوليا يجب القيام به من طرف القاضي الذي عليه أن

يثبت الصلح أو عدمه أو عجزه عنه حسب الفصل 56 من المدونة، وأن الحكم المطعون فيه بعدم مراعاته لما ذكر يكون قد خرت حقا من حقوق الدفاع الذي حرص المشرع على أن يمارس من طرف القاضي لمصلحة الطرفين معا قبل الإجراءات العادية للتطليق، مما جعل الحكم المطعون فيه الذي أهمل هذا الإجراء الأساسي غير قائم على أساس.)»

وجاء في قرار آخر تحت رقم 149 بتاريخ 16/6/1975 قضية عدد 47751 ما يلي:

« حيث إن مراعا مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 56 من المدونة هو من النظام العام يثار في سائل الأحوال.

وحيث إن المحكمة لما ثبت عندها الضرر كان عليها قبل اتخاذ أي إجراء آخر، أن تقوم بمسطرة محاولة الإصلاح بين الطرفين، وإذا لم تفعل فإنها أخلت بمقتضيات القانون، وجعلت حكمها معرضا للنقض «

وفي قرار آخر:

عدد 24 بتاريخ 24 يناير 1976.

«حيث إن القاضي ملزم أساسا، وقبل الحكم بالتطليق، بمحاولة الصلح بين الزوجين، وإلا كان حكمه معرضا للنقض، لإخلاله بإجراء من الإجراءات التي فرضها القانون في دعوى التطليق «

وفي قرار آخر، اعتبر المجلس الأعلى التغاضي على إجراء التصالح مسا بحقوق الدفاع يبيح الطعن بالنقض، طبقا لأحكام الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية قرار 12 بتاريخ 1983).

كما اعتبر المجلس الأعلى في قرار آخر التصالح إجراء أوليا وجوهريا تفتح به مسطرة التطليق وجاء فيه:

« وحيث تبين صدق ما نعته الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك

أن الطاعن تمسك بهذا الدفع أمام الدرجة الثانية، فأجابت عنه بأن هذا الإجراء لا يكون ضروريا إلا عند قيام الحجة على الضرر، في حين أنه سواء في ذلك مدونة الأحوال الشخصية، أو قانون المسطرة المدنية في الفصل 212، جعلا من محاولة الإصلاح بين الزوجين إجراءات جوهريا تفتح به مسطرة التطليق.

أما العمل القضائي بشأن محاولة الصلح في ظل مدونة الأسرة فإن جل أقسام قضاء الأسرة تقوم بإجراء محاولة الصلح في غرفة المشورة كإجراء أولي خاصة عند تواجد الأطفال، ولعل هذا يرجع إلى الإلحاج والتأكيد على محاولة الصلح في المدونة أكثر منها في مدونة الأحوال الشخصية، حيث تم التنصيص عليها في هذه الأخيرة في التطليق للضرر فقط، في حين تم التنصيص عليها في مدونة الأسرة في الإذن بالتعدد، وفي الطلاق بكل أنواعه، والتطليق بكل أسبابه، باستثناء التطليق للغيبة، بل نصت على تكرارها عند وجود أطفال وأصبحت محاولة الصلح إجراءا أساسيا من الإجراءات المسطرية لا يمكن القفز عليها، التي تسبق الإذن بالإشهاد على الطلاق والحكم في دعاوي التطليق، خاصة وأن قانون المسطرة المدنية نص على إجراء محاولة الصلح في كل قضايا الأسرة الفصل 180، لذلك فإنه لا يوجد ملف يتعلق بالإذن بالإشهاد على الطلاق أو بالحكم بالتطليق لا يتضمن إجراء محاولة الصلح مما يدل على التفعيل الجيد وتحقيق غاية المشرع في الحفاظ على كيان الأسرة وتماسكها.

ثامنا الإحصائيات المسجلة بشأن الصلح :

من خلال الإحصائيات التي سنعرض أرقامها ونسبها يتبين أن القضاء الأسري يبذل جهدا كبيرا في محاولة الصلح، ويكررها عند وجود أطفال، من أجل الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها، حيث تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن

ثلاثين يوما، سواء في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق، أو في دعاوي التطليق، وهذا ما يبدو بتفصيل في الفقرتين التاليتان:

الفقرة الاولى:

الإحصائيات في الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق.

الفقرة الثانية:

الإحصائيات في الصلح في دعاوي التطليق.

الفقرة الأولى:

الإحصائيات في الصلح في طلبات الإذن بالشهاد على الطلاق

شكلت حالات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق نسبة مهمة خلال الفترة الأولى لتطبيق مدونة الأسرة والممتدة بين سنة 2006 و2010 ويتجلى هذا فيما يلي:

- سجلت خلال سنة 2006. 6693 حالة.

- سنة 2007 سجلت 8512 حالة.

- سنة 2008 سجلت 7545 حالة.

- سنة 2009 سجلت 6818 حالة.

- سنة 2010 سجلت 6121 حالة.

وهكذا بلغت نسبة الصلح سنة 2009 ما يقارب 21 % وسنة 2008 ما يقارب 22 % من مجموع المحكوم

كما بلغت إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق من سنة 2018 إلى سنة 2021 حسب وضعية الزوجين وبحسب نوع الوسيلة التي تم بها الصلح النسبة التالية حسب الجدول التالي :

160

عدد خاص

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق من سنة 2018 الى

المجموع

سنة 2021

حسب وضعية الزوجين

الزوجان لهما أولاد

7612

3796

6865

3641

5918

2708

7037

3548

المجموع

بواسطة

وسيلة

اخرى

الزوجان بدون أولاد

السنة

3816

2018

3224

2019

3210

2020

3489

2021

حسب نوع الوسيلة

بواسطة

مجلس العائلية

7612

3416

6865

3094

5918

2815

7037

3826

بواسطة

الحكمين

بواسطة

المحكمة

مباشرة

392

1052

2752

473

669

2629

560

543

2000

327

632

2252

الفقرة الثانية:

الإحصائيات في الصلح في دعاوى التطليق

من خلال الإحصائيات المسجلة في الصلح في دعاوي التطليق يتبين أن عدد الأحكام

الصادرة بالإشهاد على الصلح في دعاوي التطليق عرفت تصاعدا ملحوظا، فخلال سنتي

2005 - 2006 تمثل هذه الأحكام نسبة 31,21% من مجموع أحكام التطليق وخلال سنة

2008 بلغ العدد 7612 حكما، وخلال سنة 2009 - 10076 حكما أي بنسبة 17,70 % من مجموع أحكام هذه السنة وخلال سنة 2010 سجل 8322 حكما.

استنتاج:

يستنتج من خلال هذه الإحصائيات المسجلة أن القضاء يبذل جهدا كبيرا في محاولة الصلح من أجل إصلاح ذات البين بين الزوجين ، وكما أن الحصيلة المسجلة تعتبر إيجابية ، وأنه من خلال آليات التوفيق ولإصلاح ذات البين بين الزوجين ، استطاعت المحكمة أن ترفع مردودية محاولة الصلح بالشكل المذكور ، كما أنه من خلال الاستراتيجية المرسومة والاوراش المفتوحة لمرفق العدالة المتمثلة في تطوير مسطرة الصلح عن طريق العلوم الحديثة تتمثل في حقوق الانسان وتقنيات الوساطة ، ومقاربة النوع ، وعلم النفس وعلم الاجتماع ، وتقنيات التواصل ، وغيره من العلوم ذات الصلة بالموضوع ، والمساعدات الاجتماعيات وغيرهم .

تاسعا:

مقارنة بين محاولة الصلح والوساطة:

من المعلوم أن كلا من الصلح والوساطة الأسرية يهدفان إلى إنهاء الخلاف بين الزوجين إلا أن هناك قواسم تجمعهما وفوارق بينهما لا بد من التطرق لهما بإيجاز.

محاولة الصلح والوساطة:

إن كلا من محاولة الصلح والوساطة يهدفان إلى تسوية الأوضاع بين الزوجين، إلا أن هذه التسوية تكون في مسطرة الصلح غالبا قبل إنهاء العلاقة الزوجية، في حين أن التسوية في الوساطة الأسرية تكون قبل إنهاء العلاقة الزوجية، حيث تمتد إلى تسوية الوضعية حول النفقة، وصلة الرحم .... إلخ.

مما يستفاد معه أن الحل الودي في الوساطة أشمل من محاولة الصلح، كما أن القائم بمحاولة الصلح يقوم بها القاضي، المحكمة، ويستعين إما بحكمين، أو بمجلس العائلة، أو من يراه مؤهلا للقيام بهذه المحاولة، أما الوساطة فيقوم بها أصلا الوسيط وحده، أو عنده وسطاء، ويقدم الوسيط نفسه للطرفين، ويبين مدى كفاءته في الوساطة ومدة تجربته

فيها وغير ذلك.

في حين أن القاضي أو المحكمة تعلم الأطراف بالمثول أمامها ، أوأما قاضي الصلح لإجراء محاولة الصلح معهما، كما أن المكان يعبر عنه في الصلح بغرفة المشورة، طبقا لأحكام المادة 82 من مدونة الأسرة ، وفي الوساطة يسمى بقاعة الوساطة، وفي الصلح يدخل مع الزوجين الحكمين وغيرهما ومجلس العائلية ، وكذا الدفاع، أما في الوساطة فيدخل الطرفان فقط، واستثناء يرخص للمحامين عند موافقة الطرفين، وفي كل من محاولة الصلح والوساطة يتم التأكيد على السرية والكتمان ، كما أن في مسطرة الصلح تجري المحاولة في جلسة واحدة على الأقل، وخاصة بالنسبة للطلاق الاتفاقي، أو الطلاق قبل البناء، وتقوم المحكمة بمحاولتين للصلح عند وجود أطفال، أما في الوساطة فعدد الجلسات غير محدد، وفي مسطرة محاولة الصلح تبت الهيئة التي قامت بالمحاولة عند عدم نجاحها، وذلك بمواصلة الإجراءات في الملف بتحديد المستحقات، والإذن بالإيداع بصندوق المحكمة قبل الإذن بالإشهاد على الطلاق، وإصدار المقرر القضائي المنصوص عليه في المادة 88 المدونة، وهذا بخلاف الوساطة فعند عدم نجاح مهمة الوسيط فتبت في الملف هيئة أخرى، وفي تحديد المستحقات فإن المحكمة هي التي تحدد المستحقات قبل الإذن بالطلاق، أو الحكم بالتطليق وفي الوساطة فكل التحديدات للمبالغ والحلول الودية تكون من الطرفين.

عاشرا:

استنتاجات واقتراحات

استنادا إلى ما تم عرضه في كيفية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، ومن أجل مقارنتها مع الوساطة الأسرية، يستنتج ما يلي:

- الصلح والوساطة يهدفان إلى التسوية بطريقة ودية بين الطرفين.

- تصريحات الطرفين في مسطرة الصلح تطبعها الحيطة والحذر، خشية ترتيب الآثار عليها عند فشل المحاولة، وتحديد المستحقات، على خلاف تصريحاتهما في الوساطة.

- المؤثرات في مسطرة الصلح متنوعة ومتعددة أكثر من التي تستعمل في

الوساطة.

من مميزات الوساطة الأسرية أنها اختيارية وطواعية، وتباشر من طرف جهة محايدة ومستقلة ليس لها فرض القرار على الأطراف، ولها طابع قضائي ولو مارسها قاضي، فهي بعيدة عن إجراءات وطقوس التقاضي، كما تتميز بأن طرفي النزاع هما اللذان يصنعان الحل في مناخ من التفاوض والحوار والوئام مما يسهل عملية التنفيذ.

من مزايا الوساطة كذلك تحقيق السرعة والفعالية والمرونة في تصريف القضايا والاقتصاد في كلفة التقاضي.

ومن أوجه الالتقاء مع الصلح أن كلاهما من الوسائل البديلة للتقاضي الرسمي، وتحقق نفس المزايا والأهداف وتجوز في كل ما يجوز فيه الصلح، أما أوجه الاختلاف فالوساطة وسيلة في حد ذاتها، أما الصلح فهو غاية بطبيعته، ولا يحتج بما راج أمام الوسيط، وأن الصلح يمارس بالضرورة من طرف القاضي.

وسعيا إلى تحسين وتطوير محاولة الصلح والارتقاء بأدائها نحو الأحسن يقترح ما يلي:

- التمسك بمسطرة الصلح مع ضرورة الأخذ بالوسائل والأساليب الحديثة لتطويرها.
- تفعيل الوساطة الأسرية بكل آلياتها وتقنياتها في مسطرة الصلح.
- إشراك كل الفاعلين المؤهلين للقيام بمحاولة الصلح، مع التركيز على بعض المؤسسات الفاعلة في هذا المجال الأسري.
- التوعية والتحسيس بثقافة التصالح والوساطة.
- التفكير في إسناد مهمة القيام بالصلح لقاضي غير القاضي المشارك في إصدار الحكم، فإسناد الصلح لقاضي ذو اختصاص مزدوج يؤدي إلى نتائج تنبئ بالفشل، ويجعله يكتفي بالإشارة إلى إجراءات الصلح كإجراء مسطري شكلي ليس إلا تقتضيها المدونة.
- ضرورة التفعيل الجيد والأمثل للمؤسسات المرصدة لمحاولة الصلح.
- تفعيل دور الوساطة القبلية وضرورة إلزاميتها.

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

عدد خاص

المصالحة الجنائية في القانون المغربي .IV.

من إعداد محمد الشلي

دكتور في الحقوق

مقدمة

يعتبر الصلح مؤسسة مدنية بامتياز، حيث أقرته مختلف التشريعات على مر العصور، وهو ما لم يكن يثير أي إشكال من حيث المبدأ، بل على العكس كان وما يزال أمرا مرغوبا ومحببا، ما دام يقع على الحقوق الخاصة للأفراد.

أما بالنسبة للمادة الجنائية فإن الأمر لم يكن بهذه الطريقة السلسة، ويرجع ذلك إلى طبيعة القواعد الزجرية التي ترتبط أساسا بحق وسلطة الدولة في العقاب، والتي تهدف إلى حماية أمن واستقرار الجماعة مما تخلفه الجريمة من اضطراب اجتماعي. لذا كانت القاعدة العامة وما تزال هي عدم إمكانية التصرف في الدعوى العمومية بعد إثارتها، حتى ولو تعلق الأمر بالنيابة العامة ممثلة المجتمع والمدافعة عن حقوقه؟.

غير أنه، وتحت تأثير مستجدات العصر الحديث، وتطور الفكر الجنائي الناتج عن ضغط الواقع واحتياجاته، سعت مجموعة من الأنظمة التي كانت تعارض إمكانية التصرف في الدعوى العمومية أو التصالح بشأن جرائم الحق العام، إلى التخفيف من غلواء مبدأ «عدم إمكانية التصرف في الدعوى العمومية»، وأصبحت تجيز المصالحة حتى عندما يتعلق

(1) لغة :

الصلح :

الصلاح :

ضد الفساد ... وأصلح الشيء بعد فساده :

أي أقامه، وأصلح الدابة :

أحسن إليها

فصلحت ...

والصلح :

تصالح القوم بينهم، والصلح :

السلم، وقد اصطلحوا، وصالحوا، وأصلحوا، وتصالحوا واصالحوا (...).

والصلاح بكسر الصاد :
مصدر المصالحة (...) وأصلح ما بينهم وصالحهم مصالحة وصلاحا (...).

أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور :
(((لسان العرب» المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، السنة بدون، ص 516.

(2) بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها تميز بين جرائم الحدود، التي تعتبر حقا لله تعالى، ولا يجوز التصالح بشأنها أو العفو

عنها، وجرائم القصاص والتعازير، والتي يجوز التصالح بشأنها على اعتبار أنها من حقوق العباد. للمزيد من التوسع يمكن

الرجوع إلى:

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (الجزء الأول) مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.

- عبد الرحمان عبد الله بن صالح الدباسي، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية، دار الوراق، بيروت، الطبعة الأولى 2004.

الأمر بهذه الجرائم، معتبرة أن الدعوى العمومية قد تنقضي برضا وتوافق إرادتي أطراف خاصة، وهي ما أصبحت تسمى ببدائل الزجر الجنائي أو بدائل الدعوى العمومية.

والمشرع المغربي وإن كان قد أقر المبدأ العام والذي هو عدم جواز التصرف في الدعوى العمومية بعد إثارتها، إلا أنه قد نص ومنذ أمد بعيد على مسطرة الصلح في صلب قوانين جنائية خاصة، وأكد على ذلك في كل من مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، وجعلها جائزة إذا نصت على ذلك قوانين خاصة.

فما هو مفهوم المصالحة الجنائية في القانون المغربي، وما هي مبررات التنصيص عليها، وما هي مجالاتها، وما هي الآثار التي رتبها المشرع على إبرامها؟

سيتم الجواب على هاته الأسئلة عبر تقسيم هذا المقال إلى فصلين:

الفصل الأول:
ماهية المصالحة الجنائية ومبرراتها.

الفصل الثاني:
مجال المصالحة الجنائية وآثارها.

الفصل الأول:

ماهية المصالحة الجنائية ومبرراتها:

اكتفى المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي!، والمسطرة الجنائية2 بالتنصيص

على جواز إبرام المصالحة الجنائية إذا نصت على ذلك قوانين خاصة، وبالرجوع إلى

هذه القوانين الخاصة يلاحظ أنها تنص على جواز إبرامها دون أن تتولى تعريفها أو تحديد

طبيعتها القانونية، أو التطرق لمبررات اعتمادها وإقرارها.

(1) ينص الفصل من مجموعة القانون الجنائي المغربي على المصالحة من أسباب انقضاء العقوبة .

- ينص الفصل 93 من . مجموعة القانون الجنائي المغربي على المصالحة كسب من أسباب انقضاء التدابير الوقاية .

(2) - تنص المادة 3 قانون المسطرة الجنائية على المصالحة كسب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية .

لذا ومن أجل الإحاطة بهذه المؤسسة، لا بد من تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية،

وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها، ثم العمل بعد ذلك على إبراز أهم مبررات

اعتمادها، وهذا ما سيتم التطرق إليه في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية.

المبحث الثاني:

تمييز المصالحة الجنائية عن بعض الأنظمة المشابهة لها.

المبحث الثالث:

مبررات المصالحة الجنائية.

المبحث الأول:

تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية

تختلف التعاريف المعطاة للمصالحة الجنائية تبعا لاختلاف موقف الفقه في تحديد

طبيعتها القانونية، أي أن التعريف غالبا ما يكون منسجما مع المنحى الذي نحاه الباحث

أو الدارس في تحديده لطبيعتها القانونية ومدى تغليبه لأحد الجوانب التي تجد مرتعها

في صلب هاته المؤسسة، سواء بتغليبه الجانب المدني أو الإداري أو الزجري أو محاولة

الجمع بين كل هاته الجوانب.

وتجدر الإشارة إلى أن غالبية الآراء الفقهية في هذا الشأن لم تعمد إلى إعطاء تعريف شامل للمصالحة الجنائية، وإنما كانت تتطرق للمصالحة المتعلقة بفرع معين من الفروع التي أجاز المشرع التصالح بشأنها، وتلحقها بمؤسسة قانونية قائمة.

وقبل أن نعمل على صياغة تعريف شامل للمصالحة الجنائية، سنتطرق لأهم التعاريف التي أعطيت للمصالحة الجنائية والتي ركزت إما على طبيعتها المدنية أو الزجرية أو الإدارية، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول:

مختلف الاتجاهات المتعلقة بتعريف المصالحة الجنائية.

المطلب الثاني:

التعريف المقترح للمصالحة وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول:

مختلف الاتجاهات المتعلقة بتعريف المصالحة الجنائية

ذهب الفقه إلى اتجاهات متعددة بشأن تعريف المصالحة الجنائية وتحديد طبيعتها القانونية، وركز كل اتجاه على جانب من جوانب هذه المؤسسة باعتبارها مؤسسة رضائية تمس الجانب الجنائي وتبرمها إدارة عمومية، ومن أجل التطرق لأهم هذه الاتجاهات سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة بنود:

- التعاريف التي ركزت على الطبيعة المدنية للمصالحة الجنائية.

- التعاريف التي ركزت على الطبيعة الزجرية للمصالحة الجنائية.

- التعاريف التي ركزت على الطبيعة الإدارية للمصالحة الجنائية.

البند الأول:

التعاريف التي ركزت على الطبيعة المدنية للمصالحة الجنائية:

ذهبت بعض الآراء إلى إضفاء الطبيعة المدنية على المصالحة الجنائية باعتبارها «عقدا مدنيا»، فقد مدد فرانسوا بول بلان التعريف الوارد في قانون الالتزامات والعقود المغربي لعقد الصلح المدني! على المصالحة الجنائية فهي:

«عقد بمقتضاه يحسم طرفاه (الإدارة

والظنين) نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه مقابل تنازل كل منهما للآخر عن جزء من مطالبه»3،

(1) عرفت المادة 1098 من قانون الالتزامات والعقود المغربي عقد الصلح المدني بكونه «عقد بمقتضاه يحسم الطرفان

نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا معينا أو حقا».

.Francois Paul Blanc :

"Droit penal Marocain > Sochpress, Casablanca 1984, p 151 (2)

وقد ساير في ذلك العديد من الفقه المغربي والمقارن الذين يركزون على الطابع الرضائي

التعاقدي للمصالحة الجنائية !.

وهذا الرأي إن كان يجد بعض تبريراته في كون المصالحة الجنائية تخضع في بعض مقتضياتها لمبادئ القانون المدني خاصة فيما يتعلق بأسباب البطلان والآثار، كما يتوفر طرفاها على هامش رضائي يخولهما قبول أو رفض إبرامها، إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وإلا لما كان المشرع قد نص على هاته المؤسسة في صلب القانون الجنائي (مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية)، ولكان اكتفى بالإحالة على مبادئ القانون المدني المنظمة لعقد الصلح المدني. كما أن المصالحة الجنائية التي يجب أن لا يتوسع في تفسير أحكامها لأنها استثناء من المبادئ العامة تنصرف آثارها «إلى مجال محرم ومحضور على عقد الصلح المدني ألا وهو الدعوى العمومية))2 حيث تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية بصريح تنصيص المشرع على ذلك (المادة 3 الفقرة 2 من قانون المسطرة الجنائية) عكس عقد الصلح المدني الذي لا تنصب آثاره حتى في حالة الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الزجري إلا على الحقوق الخاصة للأفراد دون أن تؤثر على الدعوى العمومية وذلك بصريح تنصيص المشرع على ذلك (المادة 13 قانون المسطرة الجنائية).

(1) - حفيظي الشرقي :

«حول الطبيعة القانونية للمحاضر في القانون الجنائي الجمركي :

دراسة لبعض التحولات

التقنية للقانون الجنائي»، أطروحة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية

والاجتماعية، الرباط، 1991، مطبوع على الآلة الكاتبة، ص 392.

- مجدي محب حافظ :

«جريمة التهريب الجمركي»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1992، ص 226.

- أمين مصطفى محمد، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 87، رقم 60.

- نبيل لوقبباوى، الجرائم الجمركية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 495 و 500.

- نبيل لوقبباوى، جرائم تهريب النقد بين القانون والواقع، دكتوراة في القانون الجنائي، دار الشعب، القاهرة، 1993، ص 239 و 257.

- مصطفى رضوان، التهريب الجمركي والنقدي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1970، ص 139.

.Raymond Gassin :

"Transaction" Encyclopédie Dalloz pénal V, page 4 -

en doctorat le pour Thèse pénale, matière en transaction La François, Mery Louis Causse droit, faculté de droit de -

Toulouse, 13 juillet 1945, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1945, p 35

1993, Paris, Cujas, comparé, pénale droit en poursuite et Consensualisme Paul, Jean- Ekeu p184, nº 371 -

Jean Jaques Bienvenu :

"Transaction" Encyclopédie Dalloz, contentieux administratifs, tome II, page 1 -

البند الثاني:

التعاريف التي ركزت على الطبيعة الزجرية للمصالحة الجنائية:

بالنسبة للتعاريف التي تركز على الجانب الزجري، يلاحظ أن هناك من يعتبرها عقوبة

جنائية، وهناك من يضفي عليها وصف عقد جنائي؛

وهذا ما يتم التطرق إليه في عنصرين:

- المصالحة الجنائية عقوبة.

- المصالحة الجنائية عقدا جنائيا.

أولا:

المصالحة الجنائية عقوبة:

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى وسم المصالحة الجنائية بكونها عقوبة بمعناها الضيق، وخاصة في المجالات التي يغلب فيها طابع النظام العام على طابع التعويض، كالجرائم الاقتصادية (حماية المستهلك)، فهي عقوبة بالمعنى الضيق للكلمة، قررها القانون لزجر مخالفات التشريع الاقتصادي، وتترتب عليها نفس آثار العقوبة، وتؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية تبعا لمبدأ عدم جواز معاقبة شخص على جرم واحد مرتين، كما أنها انطلاقا من طبيعتها تخرج عن اختصاص القضاء الإداري!، فهي «عقوبة جنائية ذات طبيعة مالية *.

ونفس الشيء ذهب إليه فقهاء آخرون بخصوص المصالحة في مادة مخالفة قوانين السير والمرور، فهي «عقوبة بالمعنى الضيق للكلمة»، وبصورة أدق «غرامة جنائية»، كما أنها

recueil jean, Mazard note 1964, Février 19 crim, chambre cassation, de cour Andrieu, Arrêt (1) Dalloz 1964, p 378.

- Henry Max, Transaction économique et action civile:
à la recherche d'une conciliation, Revue des sciences Cri-
minelles, 1981, p 294

jurisprudence, de et droit de générale librairie administratif, droit et pénale Droit (G), Dellis (2) Paris, 1997, p 409.

.Syr Jean Herve:
La nature de la transaction économique, Juris- classeurs périodiques, 1969, Doctrine, 2280 (3)

- Michelle Laure - Rassat :
« Procédure pénale » Presse Universitaire de France, Paris 1990, 413

Recueil jean, Mazard note 1964, Février 19 crim, chambre cassation, de cour Andrieu, Arrêt - Dalloz Sirey,1964,
p 378.

- Henry Max, Transaction économique et action civile:
à la recherche d'une conciliation, Revue des sciences Cri-
minelles, 1981, p 294.

«وسيلة تتوصل الدولة بواسطتها إلى ممارسة سلطة العقاب بغير طريق الدعوى الجنائية» !.

وبالرغم من وجود بعض نقط الالتقاء بين المصالحة الجنائية وبين العقوبة خصوصا عقوبة الغرامة، لا سيما فيما يتعلق بمبدأ الشرعية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وأنه لا مصالحة جنائية إلا بنص خاص يبيح ذلك، كما أن أيلولة عوض المصالحة في بعض المجالات إلى خزينة الدولة قد يجعلها متطابقة مع عقوبة الغرامة، إلا أن هناك مجموعة من الاختلافات تباعد بين المؤسستين، وتجعل من غير المستساغ اعتبار المصالحة الجنائية عقوبة، وتتجلى أهم هذه الاختلافات في الآتي:

1 - من أهم خصائص العقوبة كونها قضائية"، فالدولة ليس لها أن تلجأ إلى اقتضاء حقها في العقاب مباشرة، أو أن تلجأ إلى تنفيذه ضد مرتكب الجريمة حتى لو اعترف بارتكابها اعترافا يمكن الجزم معه بإدانته لو عرض أمره على القضاء، بل حتى ولو رضي الجاني بتنفيذها فيه مباشرة، فليس من حق الدولة رغم هذا كله أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر للعقوبة وإنما عليها أن تسعى لاستصدار حكم قضائي بات من المحكمة المختصة يحدد العقوبة التي يخضع لها مرتكب الجريمة تحديدا يتعلق بالكم والكيف معا، «فلا عقوبة بدون حكم»٦، أما بخصوص المصالحة الجنائية فإنها مسطرة إدارية بحتة تبرم وتنفذ خارج مراقبة القضاء.

2 - إن فكرة العقوبة تتناقض مع الهامش الرضائي المخول للظنين في قبول إبرام المصالحة أو رفضها"، فالمخالف المعاقب ليس له خيار في خضوعه للعقوبة أو عدم

(1) عزت الدسوقي :

«قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق»، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 86.

et p 14.

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي :

«حق الدولة في العقاب :

نشأته، واقتضاؤه»، دار البحريني (إخوان) بيروت، 1971،

ص24.

(4) Charles Baille :

« La perception de l'amende par l'agent verbalisateur » thèse doctorat en droit, université de

Dijon, Besançon, imprimerie de l'Est, 1929 p 106.

- Dupré Jean- François :

La transaction en matière pénale, Librairies techniques, Libraire de la cour de cassation, Paris, 1977. p 180.

خضوعه لها، سواء تعلق الأمر بالحبس أو الغرامة، لأن ذلك من صميم اختصاص القضاء.

3 - يرتبط مبدأ المساواة ارتباطا وثيقا بمبدأ الشرعية المميز للعقوبة، وهذا ما لا نجد تجسيدا له في المصالحة الجنائية، فقد خول المشرع للإدارة المختصة سلطة تقديرية في إبرام المصالحة أو عدم إبرامها دونما اهتداء بقواعد موضوعية مضبوطة مما يشكل خرقا لمبدأ المساواة. كما يتجلى هذا الخرق كذلك في عدم ترتيب آثار العقوبة على المصالحة (فهي لا تحتسب في العود، ولا تسجل في سجل السوابق) فيكون الظنين المتصالح في وضعية أفضل من الذي قررت الإدارة بسلطتها التقديرية إحالة ملفه على المحكمة، وهذا ما لا يحقق مجموعة من أهداف العقوبة كالردع العام مثلا.

4 - كما أن مبدأ شخصية العقوبة لا يجد تطبيقاته الكاملة بخصوص المصالحة الجنائية فنجدها تمتد إلى أشخاص آخرين غير المخالف حيث يتم توسيع مفهوم المساهم والمشارك إضافة إلى أشخاص آخرين (رب العمل، الزوج، الأب، المسؤول المدني، الورثة ...).

وبصفة عامة، فإن المصالحة لا تعتبر عقوبة لأنها تحل محلها وتؤدي إلى سقوطها.

ثانيا:

المصالحة الجنائية عقد جنائي :

ذهبت بعض الآراء في الفقه المصري إلى اعتبار المصالحة عقدا جنائيا؛

ذلك أن «الذاتية الخاصة للصلح الجنائي من حيث كونه إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق تحكمه فكرة القواعد الآمرة هي التي توجب أن يوصف - تأكيدا لهذه الذاتية- بأنه عقد جنائي وليس عقدا مدنيا أو إداريا)» !. فهذا الرأي يعطي للمصالحة ذاتية خاصة، تجمع بين خصائص العمل القانونى الذي تتجه فيه الإرادة إلى الفعل بينما يتكفل القانون بتنظيم

(1) نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، مصر،

1996، ص 190 .

آثاره، والتصرف القانوني الذي تتجه في الإرادة إلى الفعل وآثاره معا. فالمصالحة «عقد من حيث شكله ومظهره، ثم هو جنائي بما يتضمن من توقيع جزاء جنائي، وما يكفله من أثر منه للدعوى الجنائية» !.

وذهب رأي الفقه الفرنسي في نفس الاتجاه، حيث اعتبر المصالحة الجنائية «عقد جنائي تعويضي، وأن هذا الوصف هو الكفيل لوحده بتفسير وتبرير العنصر المميز للمصالحة الجنائية ألا وهو الرضائية، إذ أن محل هذا العقد هو أداء مبلغ من المال بهدف جبر الضرر الذي أصاب المجتمع، وذلك من أجل تفادي المتابعات القضائية. كما أنه الكفيل بتفادي الانتقادات الموجهة إلى الرأي الذي يضفي على المصالحة صبغة جزاء» ..

وقد تعرض هذا التوجه لبعض الانتقادات، على اعتبار أن «فكرة العقد الجنائي ما تزال غريبة وغير مألوفة في المنظومة القانونية)». بالإضافة إلى «وجود بون شاسع بين التصالح الجنائي والمفهوم التعاقدي، وهي تفتقد للأساس القانوني، فلا تزال الأنظمة القانونية تجهل مفهوم العقد الجنائي *.

وتستند هذه الانتقادات على أن مفهوم العقد الجنائي غير مألوف في المنظومة القانونية، وأنه يفتقد للأساس القانوني، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن هذا المفهوم ، أي مفهوم العقد الجنائي، قد يجد سنده في التعديلات الأخيرة التي عرفتها جل التشريعات، ومن بينها التشريعين المغربي والمصري، والتي تم بمقتضاها إدخال الصلح في صلب المادة الجنائية، وتم التنصيص عليه في المسطرة الجنائية بشأن المخالفات والجنح المتعلقة بالنظام العام؛

فالصلح الوارد في قانون المسطرة الجنائية إنما هو عقد بين الجاني والمجني

(1) أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته والنظم المرتبطة به. دار النهضة العربية، القاهرة،

الطبعة الأولى، 2005، ص 86.

chronique, 1994. , Sirey Dalloz Recueil pénale, matière en transaction La Michel, Dobkine (2) p139.

Dalloz Recueil constitutionnel, conseil le et penale l'injonction rien, pour coup Un .J., Volf (3) Sirey, 1995, chro-

nique, p 201.

(4) محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص -104 105

عليه، يتنازل هذا الأخير بمقتضاه عن إثارة المتابعات القضائية، ويتعلق بجرائم جنائية بحتة. لذا يمكن القول إن مفهوم العقد الجنائي موجود في التشريع الزجري.

إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هو هل يمكن تطبيق هذا المفهوم على المصالحة الجنائية، مع ما تتميز به مجالاتها من خصوصيات في ميدان التجريم والعقاب، ويلاحظ في هذا الشأن، أن Dobkine الذي يعتبر المصالحة الجنائية عقدا جنائيا، قد استبعد المصالحة الجمركية والجبائية من مجالات المصالحة الجنائية بالمدلول الدقيق للكلمة، على اعتبار أن هذه الجرائم تتعلق بأفعال تمس بمالية الدولة، أكثر من مساسها بالنظام العام الاجتماعي؛

«فالمصالحة لا تعتبر جنائية إلا إذا تمثلت في أداء مبلغ من المال بسبب ارتكاب جريمة من جرائم الحق العام، ولا يدخل ضمن نطاقها المصالحة بشأن الجرائم التي لها طبيعة مختلطة» !.

ويبقى هذا الرأي في جميع الأحوال، جدير بالاهتمام، ما دام قد حاول المزاوجة بين الطبيعة الجنائية للمصالحة والذي يتمثل أساسا في محلها وآثارها، وبين طبيعتها الرضائية القائمة على توافق إرادتي طرفيها، ولا ينتقص منه كونه مفهوما غريبا وغير مألوف في المنظومة القانونية، فهو يجد أساسه وسنده في (الصلح الجنائي بين الخصوم) المنصوص عليه في قانون المسطرة الجنائية، والذي يعتبر عقدا أو اتفاقا بين الجاني والمجني عليه من أجل إيقاف المتابعات القضائية قبل إثارة الدعوى العمومية وبعد موافقة النيابة العامة.

غير أن ما يمكن أن يواجه به هذا الرأي هو أن الاتفاق في العقود بصفة عامة ينصب

على مصالح وحقوق خاصة بالطرفين، عكس المصالحة الجنائية التي تبرمها جهة عامة، وتتعلق بجرائم تمس النظام العام بمفهومه الاقتصادي أو المالي أو البيئي.

(1) Dobkine Michel, La transaction en matière pénale, op. cit., p 138.

البند الثالث:

التعاريف التي ركزت على الطبيعة الإدارية للمصالحة الجنائية:

من أهم مميزات المصالحة الجنائية وجود شخص معنوي عام كطرف فيها، وهذا ما يضفي عليها طابعا إداريا ينبع أساسا من الوضعية الممتازة التي تحظى بها الإدارة وما تمتلكه من آليات تمكنها من ضبط وتوجيه مسار هاته «المؤسسة»، وهاته الوضعية هي التي دفعت مجموعة من الآراء إلى إعطاء تعريف للمصالحة يغلب الطابع الإداري لهاته المؤسسة.

فنجد Syr يعرف المصالحة بخصوص الجرائم الاقتصادية بفرنسا بأنها «غرامة إدارية تصالحية، وتصنف ضمن مساطر الزجر دون محاكمة» !.

بينما ذهب Dupre إلى إعطاء تعريف مشابه وموسع يشمل المصالحة الجنائية بصفة عامة فاعتبر بأنها «غرامة ذات طبيعة إدارية تمكن الظنين من تفادي محاكمة قضائية أو تفادي تطبيق عقوبة في حقه، ومقدارها محدد بواسطة قرار -وثيقة الصلح- صادر بنفس طريقة العقود الإدارية، وتتضمن شروطا غالبا ما يذعن لها الظنين مخافة اتباع المسطرة القضائية أو تطبيق العقوبة عليه في حالة صدور حكم بات في النزاع»3، وبذلك فقد اعتبرها «وسيلة إدارية ملزمة لطرفيها)»١، وسانده في هذا الرأي كل من ميرل وفيتي، وإن كانوا قد قصروا هذا الوصف Moyen Administratif على المصالحة قبل النطق بالحكم النهائي".

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريف المصالحة الجنائية بكونها عقدا إداريا؟.

كما عرف Philipe Souleau المصالحة الاقتصادية -الفرنسية - بأنها:

«قرار إداري تقترح

(1) J.H Syr :

Op. Cit.

(2) Dupre :

op. Cit. p 193.

(3) Dupré:

op. cit. p 195.

(5) مدحت عبد الحليم رمضان «الفصل بين سلطة الاتهام والمحاكمة في المادة الجنائية»، رسالة دكتوراة جامعة نيس،

1985، ص 380.

Sirey, Dalloz Recueil affaires, des droit en depenalisation La Auloy, Calais- Therese Marie- - 1988, chronique, p

319.

بواسطته الإدارة على الظنين تنازلها عن متابعته قضائيا مقابل اعترافه بالمخالفة والتزامه بأداء عوض مالي».

وإذا كان هذا التعريف قد اعتبر المصالحة «قرارا إداريا» بإطلاق اللفظ، فإن هناك من خصصه في القرار الإداري الفردي دون التنظيمي على اعتبار أن «الإدارة تهدف عن طريق المصالحة تحقيق المصلحة العامة استنادا على تطابق محل المصالحة مع فكرة المرفق العام الذي تديره وتسيره والذي يعتبر الحفاظ عليه وحسن إدارته هو سبب وجودها)»3.

لكن الملاحظ هو أن حق المصالحة المخول لبعض الإدارات يختلف عن العقود الإدارية، ذلك أن محل العقد الإداري، الذي يرمي إلى إشباع الحاجات العامة، لا ينصب على الدعوى العمومية أو على العقوبات المالية الزجرية".

كما تختلف المصالحة الجنائية عن القرارات الإدارية إذ تتميز بهامش رضائي كبير مكفول للمتصالح، فبالرغم من أن الإدارة توجد في مركز قانوني قوي وغالبا ما يذعن المتصالح لشروطها فإن له حرية قبول إبرام المصالحة أو رفضها، أما القرار الإداري فإنه ينتج آثاره بالإرادة المنفردة للإدارة دونما حاجة إلى رضاء المشمول بأحكامه، بالإضافة إلى أنه لا يمتد إلى الدعوى العمومية أو العقوبة.

المطلب الثاني:

التعريف المقترح للمصالحة وطبيعتها القانونية

التعريف المقترح للمصالحة الجنائية:

انطلاقا مما سبق، سيتم إعطاء مقاربة تعريف للمصالحة الجنائية، فهي:
«إجراء إداري

زجري تبرمه الإدارة المختصة مع الظنين الذي يلتزم بأداء جزاء تصالحي مقابل السقوط

(1) Philipe Souleau :

«Infractions économiques » Encyclopédie Dalloz pénale 1989, p 5.

(2) App. Corr. Nimes, 6 Juin 1958, note :

H. Gal, Juris classeur periodique, 1959 II, 11185.

(3) Dupre :

Op. Cit. P 186.

الكلي أو الجزئي لحق الدولة في العقاب».

وقد تمت صياغة هذا التعريف اعتقادا بأنه يشمل جل عناصر وخصائص المصالحة الجنائية والتي يمكن حصرها فيما يأتي:

الخاصية الأولى :

الطابع الإداري - الزجري للمصالحة الجنائية:

تصنف المصالحة ضمن الإجراءات التي تقوم بها بعض الإدارات التي خولها القانون ذلك، بغرض فض مجموعة من النزاعات المتعلقة بالمجال المناط بها حمايته، فهي تصنف ضمن الممارسات الإدارية الزجرية، لذا تم استعمال عبارة (إجراء إداري زجري)، كما يوضح هذا التعريف الطابع الزجري للمصالحة الذي يتجلى في استعمال عبارة :

«سقوط حق الدولة في العقاب كلا أو جزءا» فهي تؤدي إلى سقوط حق الدولة في العقاب؛

فإذا تم إبرام المصالحة قبل المتابعة - في بعض المجالات- أو قبل النطق بالحكم النهائي - في المجالات الأخرى- فإنها تؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية بما في ذلك الجزاءات المالية والحبسية (سقوط حق الدولة في العقاب كلا)، أما في حالة إبرام المصالحة بعد النطق بالحكم النهائي في المجالات التي تجيز ذلك فإنها لا تؤثر

على الجزاءات الحبسية، بل تقتصر على الجزاءات المالية (الغرامة والمصادرة) وهذا ما تم التعبير عنه بسقوط حق الدولة فى العقاب جزئيا.

الخاصية الثانية:

الطابع الرضائي للمصالحة الجنائية:

ونستشفه من عبارة «تبرمه الإدارة» إذ أن أهم ما يميز المصالحة هو طابعها الرضائي سواء من جانب الإدارة أو من جانب المتصالح، فالمصالحة لا تقوم دون موافقة الإدارة، ورضاء الظنين بالخضوع لهاته المسطرة والتخلي عن الضمانات التي تكفلها له المسطرة القضائية، فهي تجل من تجليات مبدأ الرضائية في المادة الجنائية.

الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية:

اعتمادا على خصائص المصالحة المشار إليها سابقا يمكن القول بأن الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية لا تخرج عن كونها:

جزاء إداريا ذو طبيعة زجرية.

- فهي جزاء وليست عقوبة:

لأن طابعها الزجري ووقوعها على الذمة المالية للشخص يجعلها تؤدي نفس وظيفة الغرامة الجنائية ما دامت تتمثل في أداء الظنين لمبلغ من المال الفائدة خزينة الدولة أو لفائدة الإدارة المتصالحة جزاء وفاقا عن تصرفه المخالف لأحكام القانون الجنائي، لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن أهم ما يميز هذا الجزاء هو طابعه الرضائي حيث يكون من حق الظنين إما قبول أو رفض إبرام مصالحة.

وهي من بدائل الزجر الجنائي، ذلك أن «العقوبة بوصفها الأداة التقليدية لمواجهة الاعتداء على المصالح المحمية جنائيا فشلت في تحقيق أهدافها في الردع العام والخاص على السواء، أو في القليل لم تحقق كل هذه الأهداف، مما ولد ما عرف بأزمة العدالة الجنائية، وترجع هذه الأزمة إلى عاملين؛

أولهما الإسراف في استخدام القوانين العقابية لضبط الإيقاع الاجتماعي، وثانيهما عدم استجابة الإجراءات الجنائية بسبب بطئها من ناحية، وتشعبها من ناحية أخرى، لإشباع الحاجة الاجتماعية للعدالة السريعة، ومن هنا

برزت أهمية الصلح كوسيلة تحد من استخدام العقوبة، مع وسائل أخرى، ترمي إلى

احتواء هذه الأزمة !.

- وهي جزاء إداري:

لأنها مسطرة إدارية صرفة تبرم وتنفذ خارج مراقبة القضاء، وتعتبر

مسطرة إدانة دون محاكمة تلعب فيها الإدارة دور الخصم والحكم وتتمتع فيها بسلطات

واسعة في مواجهة المتصالح، فهي صورة من صور التدخل الإداري في الميدان الزجري،

إن لم يمكن القول، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه، بأنها من أقدم تجليات التدخل

(1) نبيل عبد الصبور النبراوي، مرجع سابق، ص 185. ولمن أراد التوسع الرجوع إلى :

- Choulli Bouchra:

La dépénalisation en droit des affaires, Thèse pour le doctorat en droit, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Tanger, 2021.

الإداري في المجال الزجري!، وقد ظهر هذا التوجه في السياسة الجنائية الحديثة، والذي

يعتبر أن مهمة فرض الجزاءات لا يجب أن تبقى حكرا على القضاء فقط، وإنما يمكن

تمديدها إلى السلطة الإدارية، وقد اختلفت الآراء حول علل وأسباب هذا التحول، ويبقى

أهمها هو مواجهة ظاهرة تضخم التجريم وامتداده إلى صور من السلوك لا تعد مستهجنة

في ذاتها، مما ترتب عنه ازدياد عدد القضايا الجنائية، الشيء الذي أثر سلبا على

ضمانات المحاكمة العادلة، وعلى جودة الأحكام القضائية، وكذا التأخر في البت في

القضايا وما يترتب عنه من انعكاس على وظيفة الردع العام والخاص، إضافة إلى «عدم

انسجام العقوبات الجنائية مع طبيعة الجرائم الاقتصادية والجبائية»3، فجاءت المصالحة

كتجل من تجليات مبدأ الزجر دون عقاب *.

- وهي ذات طبيعة زجرية:

ذلك أنه بالرغم من الطابع الإداري الذي يظلل أحكام

المصالحة فمصدرها المتمثل في «الجريمة» يضفي عليها طابعا جنائيا ويجعلها تختلف

عن «الجزاءات الإدارية)»؟ ، إذ أن أهم ما يميز المصالحة عن هاته الجزاءات الإدارية هو

طابعها الرضائي، كما أن المصالحة تؤثر على هاته الجزاءات الإدارية نفسها وتؤدي إلى

سقوطها، بالإضافة إلى أن هاته الجزاءات الإدارية يمكن تطبيقها موازاة مع العقوبات

الصادرة عن القضاء عكس المصالحة التي تؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية برمتها

(1) غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 6.

(2) محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، المكتب الجامعي

الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 350.

(3) Serge Portelli, Les sanctions pénales en matière économique et financière, Petites Affiches, 12 janvier 2006,

n° 9, p 11.

(4) لمن أراد التوسع :

- Mireille Delmas- Marty et Catherine Teitgen- Colly :

Punir sans juger ; de la répression administrative au

droit administratif pénale, Economica, Paris, 1992.

(5) عرفها رأي الفقه المغربي بكونها :

«الجزاءات التي تفرضها السلطة الإدارية في غياب أية متابعة جنائية)»

- Michel Zirari Devif :

« Le principe de légalité en matière pénale » :

D.E.S. Fac. Droit Rabat 1978, édition de la

faculté de science juridique économique et social, Rabat 1980, p 93.

وعلى سبيل المثال الجزاءات المنصوص عليها في الفصل 23 من القانون المنظم للأثمان بالمغرب والتي يفرضها عامل

الإقليم، وتلك الواردة في الفصل 36 من قانون الصيد البحري التي يفرضها مندوب الصيد البحري للمكان الذي تساق

إليه الباخرة.

في حالة إبرامها قبل صدور حكم نهائي، وسقوط الجزاءات المالية في حالة إبرامها بعد

الحكم النهائي، فالطابع الزجري للمصالحة الجنائية يتجلى في مصدرها المتمثل في

الجريمة، وفي آثارها المتمثلة في سقوط حق الدولة في العقاب.

بعد أن تم التطرق لماهية المصالحة الجنائية من حيث تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية، سنعمل على تمييز هذه المؤسسة عن مجموعة من الأنظمة المشابهة لها:

المبحث الثاني:

تمييز المصالحة الجنائية عن بعض الأنظمة المشابهة لها

ينص المشرع المغربي على مجموعة من المساطر التي تهدف إلى نفس الغاية التي تروم المصالحة الجنائية بلوغها ألا وهي التسوية الحبية للنزاع، وقد ينصب مفعولها هي الأخرى على حق الدولة في العقاب، وبالتالي فقد تختلط مع المصالحة الجنائية.

وتتجلى أهم المساطر التي يمكن أن تختلط بالمصالحة الجنائية في الصلح الجنائي بين الخصوم، والصلح الإداري، وسحب الشكاية، ويتم التطرق لهذه المؤسسات عبر تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

المطلب الأول:

تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الجنائي بين الخصوم،

المطلب الثاني:

تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الإداري،

المطلب الثالث:

تمييز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية.

المطلب الأول :

تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الجنائي بين الخصوم:

جاء المشرع المغربي بعدة مستجدات وتعديلات في قانون المسطرة الجنائية الصادر

بتاريخ 3 أكتوبر 2002، ومن أهمها تنصيصه في المادة 41 على مسطرة الصلح بين الخصوم، وذلك إما باقتراح من الأطراف أو باقتراح من النيابة العامة.

وتم تبرير هذه المسطرة - حسب ديباجة القانون- بكونها تنسجم مع التشريع الجنائي الدولي الحديث الذي أصبح يولي اهتماما كبيرا لضحايا الجرائم الذين تم تجاهلهم وإقصاؤهم في وقت تنامى فيه الاهتمام بالجناة، ولذلك فإن من أسباب الاطمئنان إلى العدالة الجنائية هو تمكين الضحايا من الوصول إلى حقوقهم عبر تسوية حبية دون اللجوء

إلى حكم قضائي، علما أن من أسباب استقرار الأمن واستتباب الطمأنينة بالمجتمع، تحقيق تصالح بين طرفي الخصومة المباشرين، وهو ما يؤدي إلى رأب الصدع، وجبر الضرر، والقضاء على الفتن والاضطرابات، والحد من النزعات الانتقامية لدى الضحايا.

ولهذه المسطرة مجموعة من المزايا، فهي من «التدابير التي تعتمدها السياسة الجنائية الرصينة من أجل تجنب الحلول الجراحية التي تنطوي عليها الأحكام والقرارات القضائية

(1) تنص المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

(«يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية، وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين سجنا أو أقل

أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر.

في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح يحرر وكيل الملك محضرا بحضورهما وحضور دفاعهما ما لم

يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان.

يتضمن المحضر كذلك إشعار وكيل الملك للطرفين أو لدفاعها بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقعه وكيل الملك والطرفان.

يحيل وكيل الملك محضر الصلح على رئيس المحكمة الإبتدائية، ليقوم هو أومن ينوب عنه بالتصديق عليه، بحضور ممثل

النيابة العامة والطرفين أو دفاعهما بغرفة المشورة بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي الطعن.

يتضمن الأمر القضائي ما اتفق عليه الطرفان وعند الاقتضاء ما يلي:

- أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا

- تحديد أجل لتنفيذ الصلح

إذا لم بحضر المتضرر أمام وكيل الملك وتبين من وثائق الملف وجود تنازل كتابي صادر عنه أو في حالة عدم وجود

مشتكي يمكن لوكيل الملك أن يقترح على المشتكى به أو المشتبه فيه صلحا يتمثل في أداء نصف الحد الأقصى للغرامة

المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر النتاج عن أفعاله وفي حالة موافقته يحرر وكيل الملك محضرا يتضمن ما تم الاتفاق عليه

وإشعار المعني بالأمر أو دفاعه بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقع وكيل الملك والمعني بالأمر على المحضر.

يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.

توقف مسطرة الصلح والأمر الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في الحالتين المشار إليهما في هذه المادة

إقامة الدعوى العمومية ويمكن لوكيل الملك إقامتها في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح أو في حالة عدم تنفيذ

الالتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة أو من ينوب عنه داخل الأجل المحدد أو إذا ظهرت دلال جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن هذه الأخيرة قد تقادمت.

يشعر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه وكيل الملك فورا بالأمر الصادر عنه.

يتأكد وكيل الملك من تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها الرئيس».

بكل أنواعها، والتي تسفر عن شروخ في العلاقات الإنسانية والاجتماعية ويبقى من الصعب اندمالها!، كما تجعل المتهم «يتفادى آثار الإدانة التي تبقى لصيقة به ومن شأنها نبذه من طرف المجتمع والمحيط الذي يعيش داخله، فتصبح إمكانية وفرص إعادة إدماجه أكثر نجاحا، بحيث لن يبقى هناك أي رد فعل اجتماعي ضده. وفي نفس الوقت تتيح للطرف المضرور من الفعل الجرمي موضوع الصلح فرصة لحصوله على تعويض يوازي درجة الضرر الذي ألم به، دون لجوئه إلى المحاكم مع ما يتولد عن ذلك من تكبده مصاريف هو في غنى عنها)»».

وتختلف مسطرة الصلح بين الخصوم عن المصالحة الجنائية بصفة عامة، في عدة نواح، منها ما يأتي:

- تتعلق المصالحة الجنائية بجرائم خاصة يمكن القول بأنها ذات طبيعة اصطناعية3، تمس الجانب المالي والاقتصادي والبيئي للدولة، وتتميز العقوبة فيها بطابعها المختلط بين الجزاء والتعويض. بينما تنصب مسطرة الصلح بين الخصوم على جرائم الحق العام، التي يعاقب عليها المشرع بعقوبات جنائية بحتة.

- تعتبر المصالحة الجنائية، بصفة عامة، سببا خاصا واستثنائيا من أسباب سقوط الدعوى العمومية، بينما يعتبر الصلح بين الخصوم «مانعا مؤقتا للمتابعة في الجنح المعاقب عليها بسنتين حبسا أو أقل، أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى خمسة ألف درهم، فهي تشكل بديلا من بدائل المتابعة، وفي ذات الوقت مانعا مؤقتا لها في انتظار نتيجة الصلح ...

وهي لا تدخل ضمن أسباب سقوط الدعوى العمومية بالمعنى الضيق». لذا لم يخضع

(1) محمد العلمي المشيشي الإدريسي، تدخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية، مجلة الإشعاع، العدد

27، ص 22.

(2) إدزي عبد اللطيف، الصلح في إطار قانون المسطرة الجنائية الجديد، مجلة المرافعة، عدد 14، دجنبر 2004، ص 31.

(3) تبعا للتقسيم الذي جاء به الفقيه الإيطالي جاروفالو بين الجرائم الطبيعية والجرائم الاصطناعية أو التنظيمية، مما

يجعل تعامل الرأي العام معها يتسم بالمرونة والاستخفاف، ما دامت لا تمس الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها البنيان

الاجتماعي.

(4) الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد الجزء الثاني، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى،

2006، ص 29 وص 140.

المشرع المغربي المصالحة الجنائية لنفس الإجراءات والشروط التي يخضع لها الصلح

الجنائي بين الخصوم.

- توخى المشرع المغربي من وراء تبنيه لمسطرة الصلح بين الخصوم، التي تتطلب

توافق إرادة كل من الجاني والمجني عليه وكذا النيابة العامة، تخفيف العبء على

الجهاز القضائي، وتفادي تكدس السجون، إضافة إلى الأبعاد الاجتماعية لهذه المسطرة

والمتمثلة في رأب الصدع والحد من الخلافات وما تخلفه من آثار اجتماعية سلبية،

ومجمل هذه الأهداف هي التي تتوخاها المصالحة الجنائية بصفة عامة، إلا أن أهم غاية

لهذه الأخيرة هي الحصول على الموارد المالية لخزينة الدولة، حيث تنصب أساسا على

جرائم تمس الجانب الاقتصادي والجبائي، وتؤثر سلبا على الموارد المالية لخزينة الدولة.

بعكس مسطرة الصلح بين الخصوم التي لا تجني منها خزينة الدولة أية موارد مالية مباشرة

إلا في حالات استثنائية حيث يمكن أن يتضمن الأمر القضائي المثبت للصلح أداء غرامة

لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا.

- تتم المصالحة الجنائية خارج نطاق رقابة القضاء، فهي تبرم بين المتهم والإدارة وفق مسطرة إدارية ودون علم من الجهاز القضائي، وتكون ملزمة للقاضي حتى ولو كانت القضية معروضة على أنظاره، إذ يتعين عليه الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة، عكس مسطرة الصلح بين الخصوم التي تتم تحت إشراف النيابة العامة، ويتم التصديق عليها بأمر قضائي صادر عن غرفة المشورة وغير قابل لأي طعن.

- يمكن إبرام المصالحة الجنائية في بعض الحالات سواء قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور الحكم النهائي في النزاع، بينما لا يتم اللجوء إلى مسطرة الصلح بين الخصوم إلا قبل إثارة الدعوى العمومية. وبالتالي يمكن القول بأن هذه المسطرة تشكل حلا وسطا بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة،

إذ يمكن من تجنب متابعة المتهم، وفي نفس الوقت يقدم حلا للضحية بالحفاظ على حقوقه ويصون حقوق المجتمع»[1].

المطلب الثاني :

تمييز المصالحة الجنائية عن الصلح الإداري :

يعطى القانون المغربي لبعض الإدارات التابعة للوزارة المكلفة بالمالية مجموعة من الوسائل لفض النزاعات بالطريق الودي، وهي تدخل ضمن ما يسمى بالصلح الإداري. وإعطاء إمكانية فض هذه النزاعات بالتوافق قد يجعلها تختلط مع المصالحة الجنائية. ويمكن ذكر مثالين على المصالحة الإدارية، وتمييزهما عن المصالحة الجنائية، ويتعلق الأمر بالصلح في إطار لجنة فصل المنازعات، والصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية، وذلك في مطلبين:

البند الأول:

الصلح في إطار لجنة فصل المنازعات بالوزارة المكلفة بالمالية،

البند الثاني:

الصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية،

البند الأول:

الصلح في إطار لجنة فصل المنازعات بالوزارة المكلفة بالمالية:

يعطي الفصل الرابع من ظهير 2 مارس 1953 بشأن إعادة تنظيم وظيفة الوكيل القضائي

للمملكة للجنة فصل المنازعات:

الحق في البت في طلبات التعويض التي يتوجه بها

الأشخاص المتضررون من أنشطة مرافق الدولة، وذلك كلما تعلق الأمر بمسؤولية الدولة

عن أنشطة هذه المرافق.

(1) أنور طلبة، العقود الصغيرة :

الصلح والمقايضة والوديعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون تاريخ ،

ص 99.

(2) تجتمع هذه اللجنة بطلب من وزير المالية الذي يتولى رئاستها، وتتركب ممن يأتي ذكرهم:

- وزير المالية أو ممثله وعادة ما يمثله السيد مدير مديرية التأمينات والاحتياط الاجتماعي،

- ممثل عن الأمانة العامة للحكومة،

- ممثل عن مديرية الميزانية،

- ممثل عن الخزينة العامة للمملكة،

وتتولى الوكالة القضائية للمملكة سكرتارية هذه اللجنة حيث تتكلف بتجهيز هذه الملفات لعرضها على اللجنة وتصفيتها

في حال اقتراح مبلغ للتصالح مع المعنيين بالأمر .

وتعمل هذه اللجنة على إصدار قرارات تسمح للوكيل القضائي للمملكة بالتصالح متى

ارتأت أن مسؤولية الدولة ثابتة، وكانت مسطرة المصالحة تجلب نفعا ماديا للخزينة. فإذا

كان من شأن لجوء الضحايا إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة

عن أنشطة مرافق الدولة أن يخول لهم تعويضا يفوق التعويض الذي يمكن أن تمنحه

اللجنة أو مماثلا له فإنها تسعى إلى إبرام الصلح اختصارا لمسطرة المنازعة، وحفاظا على

وقت القضاء وعدم شغله بمثل هذه الملفات، وتخفيفا من أعباء المحاكم، وبالتالي فإن

اللجنة ليست لجنة تعويض بالمفهوم الشامل، وإنما تسعى دائما وبالدرجة الأولى إلى

الحفاظ على المال العام، والذي يعتبر هو الوظيفة الأساسية للوكيل القضائي للمملكة !.

وهكذا يتبين أن هذه المسطرة هي مسطرة صلح، تقوم على أساس التراضي بين المتضرر والإدارة، وترجع إلى اختصاص الوكيل القضائي للمملكة، إلا أنها تختلف عن المصالحة الجنائية التي تتعلق بجرائم جنائية وليس بمسؤولية الدولة، كما أن المصالحة الجنائية تتعلق بمسؤولية المتصالح الذي يلتزم بأداء مبلغ الجزاء التصالحي لفائدة الإدارة، عكس هذه المصالحة الإدارية التي تلتزم فيها الإدارة بتعويض المتضرر، وبصفة عامة فإن المصالحة الجنائية تتعلق بمجال محرم على الصلح الإداري.

البند الثاني:

الصلح في إطار لجان التحكيم الضريبية:

خول المشرع المغربي للملزم حق المنازعة في مبلغ الضريبة المفروضة عليه، وذلك أمام لجان التحكيم الضريبية، وهي لجان إدارية ذات صبغة قضائية، تختص بالبت في المسائل الواقعية المتعلقة أساسا بتحديد العناصر المكونة للأساس الضريبي الذي تم على ضوئه إقرار الضريبة المفروضة. وتدخل هذه المسطرة ضمن مصاف المساطر التصالحية التي تحبذها إدارة الضرائب نظرا لأهميتها وفعاليتها.

(1) عباس الدكالي (وكيل قضائي للمملكة سابق)، تمثيل الدولة أمام القضاء، مجلة المحاكم الإدارية والقانون الإداري،

منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد الأول، 1995، ص 121.

وتعتبر هذه المسطرة صلحا إداريا يهدف إلى فض النزاع المتعلق بالخلاف بين إدارة الضرائب والمكلف فيما يتعلق بتقدير الوعاء الضريبي، وهو يختلف عن المصالحة الجنائية التي تنتج عن الجريمة وتنصب على حق الدولة في العقاب، «فالصلح الإداري يتعلق بنزاع بين الإدارة وأحد الأفراد، وينعقد الاختصاص في حالة فشل الصلح للمحاكم المدنية أو الإدارية، وينحصر أثره في إنهاء النزاع، أما الصلح الجنائي فيتعلق بجريمة وقعت، وينعقد الاختصاص في حالة عدم إتمام الصلح للقضاء الجنائي، ويترتب على إتمامه انقضاء الدعوى الجنائية !.

والصفة الإدارية لهذه المنازعة هي التي تجعل الصلح الإداري في مواد الضرائب المباشرة لا تعوق تحريك الدعوى الجنائية، ولا تدخل ضمن مشمولات الفقرة الثالثة من المادة 4

من قانون الإجراءات الجنائية التي تعتبر المصالحة سببا خاصا من أسباب سقوط الدعوى

العمومية.

وانطلاقا مما سبق، خلص بعض الفقه إلى أن محل التصالح الضريبي هي الجزاءات

الإدارية التي تفرضها الإدارة الضريبية، وبالتالي فهي ليست مصالحة جنائية، ولا تؤثر

بالتبعية على الدعوى العمومية» :

.

المطلب الثالث :

تمييز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية :

يقيد المشرع المغربي سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في بعض الحالات

بضرورة التوصل إما بإذن أو طلب أو شكوى، وهي ما تسمى بقيود الدعوى العمومية".

(1) محمد حكيم حسين الحكيم، مرجع سابق، ص 73.

- Denis Bosquet, La distinction du contentieux pénal fiscal, Revue des sciences criminelles, 1995, p 539.

(2) Le page- Seznec, Les transactions en droit pénale, Thèse doctorat, Paris X, 1995. p 132.

(3) يعرف بعض الفقه قيود الدعوى الجنائية بأنها «القيود التي وضعها المشرع الجنائي على حرية المجني عليه في نظام

الاتهام الفردي وحرية النيابة العامة في نظام الاتهام العام، في تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية، بغية تحقيق الهدف

النهائي منها وهو صدور حكم قضائي بعقاب الجاني، وإذا تحقق قيد من هذه القيود فإنه لا يمكن لصاحب الحق في

الاتهام - المجني عليه في نظام الاتهام الفردي- ولا لصاحب السلطة -النيابة العامة في نظام الاتهام العام- استعمال

هذا الحق أو هذه السلطة لتحريك ومباشرة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى غايتها في إصدار حكم نهائي فيها». عزت

الدسوقي، مرجع سابق، ص 100.

ولا يمكن في مثل هذه الحالات إثارة الدعوى العمومية إلا بعد رفع القيد، والذي يتم

رفعه عن طريق سحبه ممن له سلطة تقديمه، ويعتبر سحب هذا القيد، متى أجاز القانون

ذلك، سببا خاصا من أسباب سقوط الدعوى العمومية.

والمصالحة ليست قيدا من قيود الدعوى العمومية، ما دام لم ينص عليها المشرع بهذه

الصفة؛

ومع ذلك فإنها قد تختلط مع حق سحب الشكاية.

وتتفق المصالحة الجنائية مع سحب الشكاية من حيث الأساس القانوني؛

بحيث يتسمان

بطابع استثنائي، وينص عليهما القانون المغربي معا في المادة 4 من قانون المسطرة

الجنائية؟. وتعتبر هذه المادة هي الإطار القانوني العام للمؤسستين، حيث يمكن اللجوء

إليها في جميع الحالات التي يعتبر فيها المشرع الشكاية شرطا في إثارة المتابعات، أو

ينص فيها صراحة على إمكانية المصالحة.

وهناك اختلافات جوهرية بين المؤسستين تؤكد الذاتية المستقلة لكلا هاتين المسطرتين،

وهذا ما يتجلى في عدة جوانب، أهمها ما يأتي:

- إن المصالحة الجنائية تصرف قانوني من جانبين، فلا يتصور قيامها دون توافق إرادتين

مهما قيل عن وضعية اللامساواة بين طرفيها، أما سحب الشكاية فإنه تصرف فردي من

جانب المجني عليه، يعبر فيه عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، فلا تتوقف

صحته ونفاده على إرادة المتهم، إذ لا عبرة لاعتراضه عليه بطلب الاستمرار في الدعوى

(1) هناك اختلاف بين الحق في الشكوى والتنازل عن الشكوى، لان الأول يفترض سبق التقدم بالشكوى، أما الثاني

فيفترض ثبوت الحق في الشكوى دون مباشرته لذلك، فالنزول عن الحق في الشكوى يفترض وقوع الجريمة المعلق رفع

الدعوى فيها على شكوى»، صبري محمد علي الحكشي، الشكوى في القانون الجزائي، مكتبة المنار، الأردن، الزرقاء،

الطبعة الأولى، 1986، ص 261.

(2) تنص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :

» تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم

وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.

وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.

تسقط أيضا بتنازل المشتكي عن شكايته، إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة، ما لم ينص القانون على

خلاف ذلك)».

وهذا ما جعل من الصلح وسحب الشكاية سببين خاصين من أسباب سقوط الدعوى العمومية.

لإثبات براءته منها عوضا عن انقضائها بالتنازل!، وهذا أهم ما يميز المصالحة الجنائية عن سحب الشكاية.

- يعتبر المقابل أو العوض من الشروط الأساسية للمصالحة الجنائية، بحيث لا تقوم بدونه. أما التنازل عن الشكوى فالأصل فيه أن يكون بدون مقابل، وإن كان هذا لا يمنع أن يحصل المجني عليه على مقابل قبل أن يقدم على التنازل. وهذا يدل على أن سحب الشكاية يكون بمقابل وبدون مقابل، أما المصالحة فلا يتصور قيامها بدون مقابل.

- يمكن إبرام المصالحة الجنائية في العديد من المجالات سواء قبل إثارة الدعوى العمومية وأثناء سريانها بل حتى بعد صدور حكم نهائي في النزاع. أما سحب الشكاية فينصب على الدعوى العمومية فقط، وبالتالي لا يتصور وجوده إذا كانت الدعوى غير قائمة، أو إذا انقضت بصدور حكم بات فيها، «لعدم وجود محل له، ولا يكون له بالتالي أي أثر)»3. وهذا ما يبرر تنصيص المشرع على سحب الشكاية في قانون المسطرة الجنائية فقط كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية (الفصل 4 من قانون المسطرة الجنائية) بينما ينص على المصالحة كسبب من أسباب سقوط الدعوى العمومية وأسباب انقضاء العقوبة (الفصل 20 من مجموعة القانون الجنائي).

- إن الغرض الأساس من سحب الشكاية هو رأب الصدع والحفاظ على الروابط العائلية والأواصر الاجتماعية خاصة بالنسبة لجرائم الأقارب، أما الهدف الأساس من المصالحة الجنائية فو الحفاظ على النظام العام الاقتصادي أو البيئي، أو مجابهة ظاهرة التضخم الجنائي، والحصول على موارد مالية للدولة.

(1) صبري محمد علي الحكشي، مرجع سابق، ص 262.

- محمد عبد الحميد مكي، التنازل عن الشكوى كسبب خاص لانقضاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة،

-1999 2000، ص 40.

(2) صبري محمد علي الحكشي، مرجع سابق، ص 268.

المبحث الثالث:
مبررات المصالحة الجنائية

إن التطور الذي عرفه المجتمع وتعقد الحياة العصرية وكثرة المخالفات البسيطة التي لا تثير الشعور العام ولا تحدث اضطرابا اجتماعيا هو «المبرر الأساسي الذي يدفع لترجيح كفة التبريرات النفعية للأخذ بالمصالحة حتى ولو تعارضت مع مبادئ القانون الجنائي» ١، إذ بالرغم من تعارضها مع مجموعة من المبادئ الراسخة في القانون الجنائي فلا يمكن إنكار أنها تؤدي إلى تحقيق ميزتين أساسيتين هما الملاءة، والسرعة، أو ما يصطلح على تسميتهما بالاقتصاد في المصاريف والاقتصاد في الإجراءات.

ومن أجل معالجة هذا المبحث يتم تقسيمه إلى مطلبين:

- المطلب الأول:
مزيا المصالحة الجنائية

- المطلب الثاني:
المؤاخذات على المصالحة الجنائية

المطلب الأول:
مزيا المصالحة الجنائية:

يستند مؤيدو المصالحة الجنائية على مبررات مختلفة، غير أن قاسمها المشترك هو النفع المادي الذي تحققه لخزينة الدولة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويتجلى هذا النفع على عدة مستويات، أهمها:

- عن طريق المصالحة تجني خزينة الدولة منافع مادية محترمة، فالإدارة تفضل الحصول على مبلغ الجزاء التصالحي بدل انتظار الفض القضائي للنزاع والحكم على الظنين بعقوبات حبسية لا تستفيد منها الخزينة وإنما تزيد في أعبائها، أو عقوبات مالية يصعب على الإدارة تحصيلها.

(1) Charle Baille Op.cit .p.24

- يتجنب الأطراف عن طريق المصالحة كلفة المسطرة القضائية؛
فهي «حل اقتصادي

بالنسبة للجميع، حيث تسمح للأطراف بدفع أقل المصاريف وتتيح للدولة أيضا الاقتصاد

في النفقات !. كما تجنبها، أي الدولة، «تكلفة إحداث محاكم جديدة، ومضاعفة عدد

القضاة» 2.

- تساعد المصالحة، خصوصا فيما يتعلق بالمجال الاقتصادي، على خدمة التبادل

التجاري وعلى المحافظة على المقاولات والشركات الاقتصادية؛
فالتبادل التجاري

وسياسة السوق المفتوح تفرض السرعة في تداول البضائع عن طريق إدخالها وإخراجها

عبر الحدود، وهذا ما يجعل التجار، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، معرضين

لارتكاب عدة مخالفات بسيطة، وقد يؤثر تحريك المتابعة الجنائية ضدهم سلبا على

النشاط الاقتصادي؛
لأن من «شأن توقيع عقوبة جنائية عليهم، المساس بسمعتهم

الائتمانية"، وهو ما يجعل من اختيارهم للمصالحة خيارا صائبا، فالمصالحة من

«الالتزامات العادية التي تفرضها الحياة الاقتصادية)٩، وفي هذا السياق، ذهب رأي في

الفقه الفرنسي؛
إلى أن المصالحة تشكل عامل توازن في عالم المال والأعمال، وتؤدي

إلى التوفيق بين المرونة والسرعة التي يجب أن يتميز بها عالم الاعمال، وبين الأمن الذي

يرمي القانون الجنائي إلى تحقيقه؛
فارتكاز عالم الأعمال على الرغبة في «المخاطرة» قد

تصطدم بتدخل القانون الجنائي في هذا المجال، لكن يمكن التقليص من هذا الخوف

عن طريق السماح بإبرام المصالحة، مما يؤدي إلى الحفاظ على المقاولات وحماية

(1) محمد سامي الشواء الوساطة والعدالة الجنائية:
اتجاهات حديثة في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة،

1997، ص 17، رقم 19.

p 1990, Paris, France, de Universitaire presse pénale, Procédure Rassat, Laure- Michelle (2) 412.

Lambert, Michel par français en Traduit Néerlandais, pénal droit en Transaction J.D., Jong. -

Revue internatio-

nale de droit pénal, 1962, p 485.

Internationale Revue français, pénal droit en débats sans procédures Les Raymond, Legeais - de droit pénal, 1962,

p 449.

(3) محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، المكتب الجامعي

الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 330، هامش رقم 3.

Sirey, Dalloz Recueil 1982, décembre 1 paris, de d'appel cour arrêt sous note .C, J Berr. (4) 1983, II, p 313.

sociales, et économiques financières, infractions et Criminalisation Marty, Delmas- Mireille (5) Revue des

sciences criminelles, 1977, p 513.

العمال من التشرد. وهو ما دفع الكثير من الفقه إلى الإعلان صراحة عن إخراج قانون

الاعمال من مجال التجريم الجنائي بمعناه الضيق".

- باللجوء إلى مسطرة المصالحة يتم اختصار مسطرة الزجر والسرعة في فض النزاع،

وبذلك يتم الاستعاضة عن «الصيغة الثلاثية:

قضاء، إدارة، ظنين، بصيغة أخرى أكثر

بساطة تجمع بين:

الإدارة والظنين» ..

- تساعد المصالحة على حسن تدبير واستغلال «وقت القاضي» وقصر مهمته في

التصدي للقضايا المهمة والشائكة وعدم تضيع وقته في القضايا البسيطة، مما يساهم في

جودة الأحكام القضائية وتخفيف الضغط عن مرفق العدالة.

وخلاصة ما يمكن أن يقال هو أن مسطرة المصالحة هي أكثر سرعة وفعالية مقارنة مع

المسطرة القضائية وهذا ما يحقق مزايا للطرفين إذ «في مقابل النفع المادي الذي تحققه

المصالحة للإدارة، تحقق نفعا معنويا وأخلاقيا للمتصالح يتجلى في تفادي ظهوره ومثوله

أمام جهاز العدالة كمتابع)»، لكن هذا لا يحجب حقيقة مهمة وهي مخالفة المصالحة

الجنائية في شكلها الحالي لمجموعة من المبادئ الأساسية للقانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والمسطري، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

المؤاخذات على المصالحة الجنائية:

بالرغم من الإيجابيات الكثيرة التي تتيحها مسطرة المصالحة الجنائية، إلا أنها لم تسلم من المؤاخذات، سواء من حيث أساسها أو مبرراتها، وتتجلى أهم هذه المؤاخذات فيما

(1) لمن أراد التوسع، الرجوع إلى :

Choulli Bouchra:

- La dépénalisation en droit des affaires, Thèse pour le doctorat en droit, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Tanger, 2021

(2) الشرقي حفيظي، حول الطبيعة القانونية للمحاضر في القانون الجمركي، مرجع سابق، ص 393.

Causse :

Op. Cit, p 28 (3)

يلي :

- يؤخذ على المصالحة، كونها تجعل من الدعوى العمومية والعقوبة مصدرين للربح والإتجار، فهي «ثمن للجريمة» وليس عقوبة جنائية هدفها الأساس هو الردع العام والخاص.

- تشكل المصالحة خرقا لمبدأ مساواة الأفراد أمام العدالة الجنائية، وذلك لأنها تكون في صالح الأغنياء الذين يتوفرون على المال الكافي لأداء العوض، وهنا تفقد العدالة الجنائية هيبتها ويستخف الناس بالجرائم فيعمدون إلى مخالفة القوانين ما دام الجزاء في الأخير هو مبلغ مالي يؤدونه للإدارة ويرمون باللوم على سوء حظهم دون أن يترك ذلك أي تأثير على نفسيتهم (الردع الخاص) وهذا ما يرسخ لدى الرأي العام أنه «يكفي أن يكون الشخص غنيا حتى يتفادى تطبيق العقوبة عليه» فتصبح المصالحة عامل تشجيع غير مباشر على ارتكاب المخالفات للقوانين التي أجازت المصالحة، وبالتالي «فهي لا تحقق فائدة الزجر العام إذ تتسم بصفة مباشرة بين المكلفين والإدارة ولذلك فإنها لا تكون رادعة

للغير بل وللمتهرب نفسه»2.

- إن القول بكون مسطرة المصالحة هى مسطرة سريعة لا يخلو من تبعات سلبية، إذ حتى بالنسبة للمجالات التي يعتبر تبرير السرعة في فض النزاع أهم عامل لإقرارها، كالتصالح بشأن مخالفات السير والمرور فهي قد تؤدي بالمقابل إلى «تأزيم العلاقة بين السائقين والشرطة الشيء الذي يخلف أوضاعا نفسية بعيدة عن تحقيق ما يمكن وصفه بالزجر المعقلن»3.

(2) المقدم حافظ عبده الرهوان :
« التهرب الضريبي ودور السلطة في مكافحته»، مجلة الامن الوطني، العدد 134، السنة الثالثة والعشرون ، 1983.

(3) Mellor Alec :
les contravention et le tribunal de police :
Librairie Du Journale des Notaires et des Avocat
.1959. p.45.

- إن أهم انتقاد ووجهت به المصالحة الجنائية هو خرقها لمبدأ الشرعية؛
فقد ترتب عن
هذه المسطرة إدخال «مبدأ الملاءمة في صلب النظام الجزائي الجنائي»١ مقابل التطبيق الضيق لمبدأ الشرعية*، هذا المبدأ الذي وضع أساسا للحد من السلطة التقديرية للسلطة القضائية والسلطة التنفيذية على حد سواء".

فعن طريق المصالحة في المجال الجنائي أصبح مبدأ الملاءمة المدعوم بتبريرات الفعالية والسرعة ينافس ويحل محل مبدأ الشرعية عبر إخضاع الجزاء للسلطة التقديرية للإدارة (خرق مبدأ شرعية العقوبة)، واتباع مسطرة إدارية في الزجر بدل المسطرة القضائية (خرق مبدأ الشرعية المسطرية)، «فتحت غطاء التعاون بين القضاء والإدارة أصبحنا نجد في الواقع انفراد الإدارة، وفي المجال الذي يقبل فيه القانون بذلك، بعملية تطبيق القاعدة الجنائية بدل السلطة القضائية»4،

- خرق المصالحة الجنائية لمبدأ فصل السلطات:

فمبدأ استقلال سلطات الدولة هو من

المبادئ الأساسية للنظم الديمقراطية وذلك لكي تتحقق رقابة كل منها على الأخرى،

وتركيز هاته في يد جهاز واحد يفتح باب التعسف وإهدار الحريات، فإذا كانت الرقابة

على أعمال الإدارة بصفة عامة ضرورية لكيلا تتعسف في هدر حقوق الأفراد، فإن ضرورة

الرقابة تصبح أشد إلحاحا عندما يتعلق الأمر بالمجال الجنائي، فمبدأ الشرعية إذا كان

قد تم تبنيه أصلا من أجل ترشيد السلطة التقديرية للقاضي في العقاب، فكيف إذا

أعطينا هاته السلطة للإدارة؟ («إذ لا بد من الانتباه إلى أن الأمر في الواقع لا يتعلق فقط

بجلوس الموظف على مقعد القاضي بل إن سلطة العقاب أو المصالحة المعترف بها

(1) Causse :

Op. Cit, p 31

(2) Evelyne Serverin ; Laxoumes Pierre et Lambert Thierry :

- Transactions et pratiques transactionnelles :

Su-

public, droit de et privé droit de conflictuelles relations les dans transaction des objets et jets Edition Economiques,

Paris, 1987. p 181

(3) Gaston Stefani :

« Le domaine de la loi et du règlement en matière pénal »Etudes juridiques offertes à Lion

Jullian de la Morandiére, Librairie Dalloz, Paris, 1964, P. 531

(4) أمزازي محيي الدين :

«العقوبة»، منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الامنية، الرباط، 1993،

صفحة 265.

للإدارة تؤدي إلى استبدال قواعد المسطرة الجنائية بتقنيات مختلفة مجردة من الشكليات

والإجراءات والضمانات التي تميز المحاكمة وتطبعها)» وفي هذا خرق لمبدأ الشرعية

المسطرية المنصوص عليه دستورياء.

- خرق المصالحة الجنائية لمبدأ فصل الاختصاصات، حيث يخول لمجموعة من

الجهات الإدارية المرتبطة مع بعضها البعض بسلطة رئاسية، اختصاصات متنوعة غالبا ما تعطى لجهات مختلفة، وهكذا فإن الإدارة هي التي تسهر على جمع الأدلة والمتابعة وتقرير الجزاء والعمل على تنفيذه".

- الطابع السري للمصالحة الجنائية، وهو ما يجعلها لا تحظى « بالشرعية الاجتماعية)»٩، إذ أن العدالة لا يجب أن تمارس داخل مكاتب مغلقة خاصة منها العدالة الجنائية»؟، لأن ذلك سيحرم الأفراد من مجموعة من الضمانات التي كفلها التشريع الجنائي مثل علنية الجلسات وما يشكله من وسيلة ضغط معنوي من أجل الالتزام بتطبيق القانون، وحق الشخص في الدفاع عن نفسه والاطلاع على أوجه دفاع الطرف الأخر، واستقلال الهيأة الحاكمة وعدم دخولها كطرف في النزاع ... ، وبصفة عامة فإنه «يعاب على المصالحة أنها تسمح للإدارة بالتصرف بعيدا عن الشفافية، وذلك بالمقارنة مع شفافية الجهاز القضائي، والأمن الذي تضمنه طرق الطعن في قراراته وأحكامه،.

- تؤدي المصالحة الجنائية إلى نقصان ضمانات المحاكمة العادلة الذي يصل إلى حد العدم، حيث يلاحظ بأن «التوزيع الحالي لسلطات تسيير مجال العقوبات بين الإدارة

(1) أمزازي محيي الدين :
العقوبة، مرجع سابق، ص 266.

(2) ينص الفصل 23 من الدستور المغربي لعام 2011 على ما يلي :
لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو
متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون ... ».

(3) Varinard .A. et E.J. Sibuet :
Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal, Revue internationale de droit pénal, (vol. 59), 1988, p 203

(4) Evelyne Serverin et autres :
Op. Cit. p 141

(5) Baille Charles :
La perception de l'amende par l'agent verbalisateur, thèse doctorat en droit, université de Dijon, Besancon, imprimerie de l'Est, 1929. p 157

(6) فتيحة نعار، المصالحة الجمركية في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد 24، 2002،
ص 8، ص 12.

والقضاء معرض للنقد، ليس فقط لأنه يهمش القضاء، لكن وبالخصوص لأنه لا يوفر الضمانات للمتقاضين، ويمارس خارج أية مراقبة فعلية)١، ولا شك أن المصالحة بهذا المنظار تعد «مظهرا من مظاهر تراجع القضاء عن مواقعه التقليدية أمام زحف الإدارة".

المطلب الثالث:

خلاصة رأي حول مبررات المصالحة الجنائية:

يمكن القول بصفة عامة، أن مجموعة من الانتقادات المشار إليها أعلاه لا يمكن توجيهها إلى مؤسسة المصالحة الجنائية في حد ذاتها بل إلى الممارسة الإدارية التصالحية، كما أنها لم تلق استجابة كبيرة في السياسة الجنائية المعاصرة التي تتجه نحو التوسع في الأخذ ببدائل الدعوى العمومية"؛

ذلك أنه بعد أن كانت المصالحة تقبع في ركن قصي

داخل قوانين جنائية خاصة، عززت موقعها في التشريع الجنائي لتشمل جرائم الحق العام، وهذا راجع للمزايا التي تحققها، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الضرورة المستند على المزايا التي تحققها والمضار التي تدفعها، فالمصالحة الجنائية هي تقنية لإنتاج الرضائية في صلب التشريع الجنائي حيث تخلق جوا من الحوار في العلاقة بين الإدارة والظنين، وتسعى الإدارة من خلالها إلى الحصول على تنفيذ رضائي للجزاء من طرف المخالف، فالمصالحة «لا تتعارض مع دولة القانون ولا تناقض روح الديمقراطية إذ تعتبر مظهرا من مظاهر احترام حقوق الإنسان فليست هناك مصالحة في الأنظمة غير المتسامحة، كما أنها تؤدي إلى إحقاق نوع من التوازن في العلاقة بين الفرد والدولة في أفق أن تصبح

(1) أمزازي محيي الدين، مرجع سابق، ص 266.

(2) أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال

التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001، ص 287.

(3) من أجل التوسع الرجوع إلى:

«الطرق البديلة لتسوية المنازعات» أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بفاس، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و5 أبريل .2003 منشورات جمعية نشر المعلومة

القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2، 2004 مطبعة فضالة، الرباط، الطبعة الأولى 2004.

- Martin Daniel , Wilfried Meyvic, Sabine Demet et autres :

Mesures et peines alternatives, ouvrage réa-

facultés les et justice la de ministère le entre recherche de convention d'une cadre le dans lisé de droit, les

Universiteit Katolike la de et Liege de l'université de criminilogiques sciences de Ecoles Leuven. UGA,

Belgique, 1997.

هاته الأخيرة أكثر إنسانية»١، وهكذا فإن المصالحة تجد مكانها ضمن «مجموعة من

الوسائل المعتمدة إداريا لفض النزاعات والتي تعتمد أساس على التوافق والحوار، لذا

فهي لا تتعارض ومبدأ الشرعية بل تجد مكانها وتطبيقاتها داخل دولة القانون)»؟ كما أن

«الاستعمال الحذر واللبق لمسطرة المصالحة يؤدي نفس الغاية الاجتماعية التي تحققها

المسطرة القضائية»3.

لكن ما تجدر ملاحظته هو أنه لكيلا تتعارض المصالحة الجنائية مع المبادئ العامة

للقانون الجنائي فإنه يجب تجنب ترك هاته السلطة بيد الإدارة تتصرف فيها كيف

شاءت، فكل سلطة يجب أن تكون مقيدة بقيود تمنع التعسف في استعمالها خاصة

وأن المصالحة تعتبر استثناء من المبادئ العامة، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في

تفسيره.

ويمكن اقتراح مجموعة من الضمانات التي يمكن أن تحصن بها الممارسات التصالحية

لكي تتفادى أغلب الانتقادات الموجهة إليها:

- الاقتراح الأول :

ضرورة تأطير المنظومة القانونية التي تنتمي إليها المصالحة الجنائية وهي القانون الجنائي

الإداري، وهو الشيء الذي سيقوي من شرعية هذا الإجراء. وقد تعددت التعاريف" التى

(1) Edgare Faure:

Lettre preface J.F.Dupre:

Op. Cit

(2) Evelyne Serverin et autres :

Op. Cit. P 152

(3) Graven Jean :

International Revue débats, sans condamnations les sur internationale l'enquête à Préface - de

droit pénal, 1962, p 390.

(4) عرف بعض الفقه القانون الجنائي الإداري بأنه :

«مجموعة من المقتضيات الزجرية الموجودة خارج مدونة القانون

الجنائي في صلب مجموعة من النصوص التشريعية أو التنظيمية والتى تنظم مجالات خاصة من الحياة الاجتماعية».

Varinard .A. et Sibuet E.J:

Op. Cit, p 190 -

<«إن التمييز بين قواعد القانون الجنائي الزجري والقانون الجنائي الإداري بالأساس على معايير كيفية نوعية، فبالنسبة للقانون

الجنائي الزجري تشكل مخالفة أحكام مسا بالنظام القانونى والاجتماعى، أما مخالفة قواعد القانون الجنائي الإداري فبالعكس تمثل

مجرد عدم امتثال)».

- Peter Hunerfeld:

Le droit pénal administratif face à la constitution, In. constitution et droit pénal,

Imprimerie Omnia, Rabat, 1995, p 19.

أعطيت لهذا الفرع من القانون الزجري، إلا أنه يمكن القول بصفة عامة أنه يقصد به

«سلطة الإدارة في فرض جزاءات على غير الخاضعين لها بدلا من المحكمة الجنائية (".

ويعتبر القانون الجزائي الإداري نوعا جديدا من القانون، يعالج نظاما وسطا بين القانون

الجنائي والقانون الإداري، ويتميز بكونه لا ينص على العقوبات الحبسية وإنما ينص على عقوبات مالية وعقوبات سالبة للحقوق فقط، كما يتضمن مسطرة للطعن أمام القضاء. وتعتبر إيطاليا من أهم الدول التي أخذت بهذا النهج، حيث وضعت نظاما خاصا بالجرائم الضريبية ضمن القانون الجنائي الإداري، وأبقت على مسطرة المصالحة ضمن هذا النظام؛

فقانون العقوبات الإداري ليس جنائيا خالصا أو إداريا خالصا، ولكنه ثمرة التعاون بين قواعد كل من القانون الجنائي والقانون الإداري»3.

ويعرف القانون المغربي عدة تجليات لتدخل الإدارة في ميدان الزجر، حتى وإن لم ينظم هذا المجال بمقتضى قانون مستقل، وقد اعتبر بعض الفقه بأن «مقدمات ظهور القانون الإداري الجنائي قد بدأت في صورة غرامة المصالحة التي تفرضها جهة إدارة الضرائب والجمارك في موضوعات التهريب الجمركي والضريبي، فيسمح القانون في الدول المختلفة للإدارة في هذه الحالات بأن تعقد مصالحة مع المتهرب، ويترتب على هذه المصالحة أن تنقضي الدعوى العمومية»3.

ونظرا لعدم وجود تعريف أو قاعدة واضحة في القانون المغربي لما يمكن تسميته بالقانون الجزائي الإداري، فيمكن الاعتماد على المعيار الشكلي للتمييز بينه وبين الجزاء الجنائي؛

ذلك أن «لفظة جزاء إداري تطلق في غالبية الأحيان للتعبير عن الجزاء الصادر عن السلطة الإدارية، وفي المقابل تطلق لفظة جزاء جنائي للدلالة على الجزاء الصادر عن السلطة

(1) غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص 5. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف

يستبعد من مجال القانون الجنائي الإداري سلطة الإدارة في فرض جزاءات على موظفيها ومستخدميها.

(2) أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري (ظاهرة الحد من العقاب)، دار الجامعة الجديدة

للنشر، القاهرة، 1996، ص 10.

(3) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 6.

القضائية ممثلة في شخص القاضي، وفي كلا الحالتين فإن الأمر يتعلق بقانون جنائي،

كل ما يميز بينهما هو السلطة المختصة في إصدار الجزاء !.

وقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لمدى توافق التدخل الإداري في الميدان الزجري مع مقتضيات الدستور؛

«واعتبر بعد تردد، بدستورية الجزاءات الصادرة عن الإدارة، واعتبر أن القانون الزجري - الذي يجب أن يلتزم بالقواعد المتعلقة بحماية وكفالة الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا- لا يقتصر فقط على العقوبات الصادرة عن القضاء الزجري، وإنما يمتد إلى جميع الجزاءات التي لها طابع عقابي حتى ولو ترك المشرع صلاحية إصدارها إلى سلطة ليس لها طابع قضائي»»،

- الاقتراح الثاني:

إقرار الرقابة القضائية على المصالحة الجنائية؛

ذلك أن من أهم سلبيات وقواصم هذه الممارسة هي تحييد دور القضاء واستبعاده؛

فليس هناك أي دور للقضاء في هذه المسطرة، فهي مسطرة إدارية بامتياز حتى وإن تعلقت بالمجال الجنائي، لذا يقترح التنصيص على إعطاء القضاء دوره الطبيعي في مراقبة هذه المسطرة خصوصا عندما يتعلق الأمر بالمصالحة بعد تحريك الدعوى العمومية، إضافة إلى إقرار حق اللجوء إلى القضاء للطعن في الجزاءات الإدارية، ذلك أن «حق اللجوء إلى القضاء من أجل الطعن في الجزاءات غير الجنائية هو حق أساسي وجوهري، ويتماشى مع ما كرسته المحكمة الأوروبية في العديد من قراراتها)» :

.

(1) Baccouche Neji:
«Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit criminel et droit pénal administratif» Revue international de droit pénal 1988, p 429.

(2) Delmas- Marty Mireille et Teitgen- Colly Catherine, op. cit., p 30.

- غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 15.

p 47, n° 2003, mars 6 Affiches, Petites penal, non sanction la de Actualite Degoffe, Michel (3) 4.

الفصل الثاني:
مجال المصالحة الجنائية وآثارها

بالرغم من الانطباع الخادع الذي قد يتراءى من الوهلة الأولى بخصوص مجال المصالحة الجنائية، فإن هذه المؤسسة تشمل جرائم كثيرة ومتنوعة، تتطلب مجهودا معتبرا من أجل حصرها وتحديدها ما دام انها تتواجد في صلب قوانين جنائية خاصة (المبحث الأول)، كما أن المشرع قد رتب آثارا مهمة على هذه المسطرة بغية التشجيع على اللجوء إليها (المبحث الثاني)، وهذا ما سيتم الترق غليه بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول:
مجال المصالحة الجنائية.

المبحث الثاني:
آثار المصالحة الجنائية.

المبحث الأول:
مجال المصالحة الجنائية:

اكتفى المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي، والمسطرة الجنائية بالتنصيص على جواز إبرام المصالحة «إذا كان القانون ينص على ذلك بوجه صريح»، وترك لمن يريد معرفة المجالات التي تجد فيها المصالحة تطبيقاتها عناء ومشقة البحث عن النصوص والتشريعات الخاصة التي حددت الجرائم المتصالح بشأنها، وهذا ما دفع البعض إلى القول «بعدم إمكان إبرام مصالحة بشأن إحدى الجرائم المنصوص عليها في التقنين الجنائي نفسه»١، وأن الأمر يقتصر على جرائم جنائية خاصة، وهي الجرائم الواردة خارج مجموعة القانون الجنائي والمتواجدة في صلب قوانين أخرى، تعنى بتنظيم مجالات مختلفة، ومع ذلك فهي تصنف ضمن المجال الجنائي ذلك أن «المدونة الجنائية لم تكن وليست هي المصدر الوحيد للتشريع الجنائي ... فقد ظهرت مجموعة من القوانين الخاصة لتجريم أفعال غير مضمنة في المواد الجنائية أو جاءت لتعديل أو تكميل قواعد

(1) دليل القانون الجنائي المغربي :
وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، دار النشر والسنة:
بدون، ص :
52.

موجودة فأصبح التقنين الجنائي مجرد «نواة تحوم حولها مجموعة من القوانين الخاصة*، وفي هاته القوانين الجنائية الخاصة تجد المصالحة تطبيقاتها، إذن فخصوصية هذه الجرائم تتجلى في كونها توجد في صلب قوانين خارجة عن مجموعة القانون الجنائي، وفي كونها تتضمن مجموعة من المقتضيات التي تشذ في الكثير من أحكامها عن المبادئ العامة للقانون الجنائي !.

وتكمن صعوبة حصر مجال المصالحة الجنائية في تفرق النصوص التي أجازت اللجوء لهذه المكنة، ووجودها في صلب تشريعات جنائية خاصة تنظم مجالات متنوعة ومتفرقة، وتحكمها قوانين ومراسيم وقرارات ذات طابع تقني، وهنا لا بد من تحديد العناصر الموضوعية التي بتوفرها يمكن القول بأننا أمام مؤسسة المصالحة الجنائية، قبل تتبع أهم القوانين الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول:

العناصر الموضوعية المحددة لمؤسسة المصالحة الجنائية،

المطلب الثاني:

المجالات الجنائية التي أجاز المشرع التصالح بشأنها.

المطلب الأول:

العناصر الموضوعية المحددة لمؤسسة المصالحة الجنائية:

إذا كان المشرع المغربي يشترط لجواز التصالح على جرائم معينة ضرورة تنصيص القانون على ذلك بوجه صريح انسجاما مع الطابع الاستثنائي للمصالحة الجنائية، فإن هذا

(1) Mohieddine Amzazi :

"Precis de droit criminel" Dar Nachr Al Maarifa- Rabat, I" Edition 1994, page 7.

(2) Michel Masse :

"Infractions Contre l'Ordre Financier" R.Sci. crim, 1985, page 589.

(3) مثلا :

- مفهوم المخالفات في هاته القوانين الخاصة يختلف عن مفهومها الوارد في مجموعة القانون الجنائي، حيث غالبا ما يتعدى فيها مقدار الغرامة الحد المنصوص عليه في المبادئ العامة.

- يوسع المشرع من نطاق المسؤولية في هذه المجالات حيث يعاقب على المشاركة والمحاولة ويعطي مفهوما واسعا

- يقلص المشرع في أغلب هذه الجرائم من أهمية الركن المعنوي، ويعتمد على المسؤولية المفترضة.

للمشاركة.

- يمنع المشرع فى أغلب هاته المجالات منح الظنين إيقاف التنفيذ أو تمتيعه بظروف التخفيف.

- يعلق المشرع إثارة الدعوى العمومية على تقديم طلب من الإدارة المعنية.

- يجيز المشرع إبرام المصالحة فى هذه المجالات؛

- تختلف مدد التقادم فى أغلب هاته القوانين عن المدد المنصوص عليها في المبادئ الزجرية العامة.

يجعلنا نتساءل عن معنى عبارة «ينص على ذلك بوجه صريح» الواردة في مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، هل المقصود منها ضرورة ذكر مصطلح «مصالحة» المذكور في قانون المسطرة الجنائية، أو مصطلح «صلح» الوارد في مجموعة القانون الجنائي، أم أن الأمر على خلاف ذلك، ويتعين أن تتوفر مجموعة من العناصر الموضوعية للقول بأننا أمام ما يسمى بالمصالحة الجنائية؟ :

إن القول باشتراط ذكر مصطلح «مصالحة» أو «صلح» للقول بأننا أمام مؤسسة المصالحة الجنائية لا يستقيم مع المنطق القانوني، إذ أن للمصالحة الجنائية خصائصها ومميزاتها ويجب تحديدها انطلاقا من تحديد هاته الخصائص واستجلاء تلك المميزات، خاصة وأن هناك مجموعة من النصوص القانونية المغربية قد لا تستعمل هذا المصطلح وإنما تأخذ بالمفهوم فقط، فمثلا بخصوص القانون المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها! يستعمل النص الفرنسي في الفصل 19 منه المصطلح Transaction بمعنى مصالحة، وعند ترجمته نجد المشرع يستعمل في النص العربي مصطلح «تراضي».

إذن لا يجب التوقف عند منطوق النص فقط لتحديد ما يعتبر مصالحة جنائية، بل يجب الاعتماد على عناصر موضوعية لمعرفة ما إذا كان من الممكن تصنيف ممارسة إدارية ما ضمن نطاق المصالحة الجنائية أم لا.

وهذا ما عمدت إليه الفقيهة الفرنسية لويس ميري كوس عند تحديدها لمجال المصالحة الجنائية بفرنسا، حيث ذهبت إلى القول بأنه «لتصنيف مسطرة إدارية زجرية ضمن الممارسة التصالحية الإدارية يكفي الجواب بالإيجاب على الأسئلة الآتية:

- هل تهدف المسطرة إلى إنهاء النزاع وإيقاف المسطرة الزجرية وما يترتب عنها من

مضايقات وآثار؟،

(1) القانون رقم 71- 008 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر ،1971 المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وبشروط "مساك المنتوجات

والبضائع وبيعها. الجريدة الرسمية عدد 3087، الصادرة بتاريخ 29 دجنبر 1971، ص 3289.

- هل تتضمن رضا وتنازلا متبادلا من جانب الإدارة والظنين وكذا امتيازات لكلا الطرفين؟،

- هل يمكن اعتبارها كجزاء إداري !.

ومن خلال اطلاعنا على النصوص الجنائية المغربية التي أجازت المصالحة، واعتمادا

على ما جاء في رأي الأستاذة كوس المشار إليه أعلاه، يمكن حصر عناصر المصالحة

الجنائية في الآتي :

- وجود شخص معنوي عام كطرف في العلاقة التصالحية (البعد الإداري)،

- توافق إرادتي كل من الإدارة والظنين على اتباع هذه المسطرة، مما

يجعلها تجليا من تجليات مبدأ الرضائية في المادة الزجرية (البعد

التعاقدي الرضائي)،

- إنهاء أو توقف المسطرة الزجرية المترتبة عن الجريمة موضوع المصالحة،

وهو ما يتمثل في سقوط حق الدولة في العقاب، إذ تؤدي إما إلى سقوط

الدعوى العمومية أو سقوط العقوبة أو سقوط التدابير الوقائية (البعد الزجري).

والعلة التي دفعتنا لتحديد هاته العناصر قبل العمل على حصر مجال المصالحة الجنائية

راجعة أساسا إلى تفرق النصوص التي أجازت الصلح في صلب تشريعات خاصة وإغفال

المشرع في بعض الحالات إطلاق وصف «مصالحة جنائية» على بعض الحالات،

لذا حاولنا تحديد هاته العناصر الموضوعية للاحتكام إليها في حالة وقوع التباس في

تصنيف ممارسة إدارية زجرية هل تدخل ضمن خانة المصالحة الجنائية أم لا. خصوصا

وان المصالحة تجد مجالها في صلب قوانين خاصة ومتفرقة، فضلا عن طابعها التقني

وخروج أغلب أحكامها عن المبادئ الجنائية العامة.

(1) Causse :

Op. Cit, p. 45

المطلب الثاني:

المجالات الجنائية التي أجاز المشرع التصالح بشأنها:

يلاحظ من خلال الرجوع إلى مجموعة من القوانين الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة أنه يمكن تقسيمها إلى صنفين بحسب الآثار التي رتبها المشرع على هذه المصالحة أو الوقت الذي يجوز فيه اللجوء إليها؛

فهناك مجالات سمح فيها القانون باللجوء إليها سواء قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور حكم نهائي في النازلة، بينما لم يسمح بإبرامها في حالات أخرى إلا قبل إثارة الدعوى العمومية فقط، وهذا ما سيتم التطرق إليه في بندين:

البند الأول:

المجالات التي أجاز القانون التصالح بشأنها قبل صدور حكم قضائي نهائي في النازلة وبعده.

البند الثاني:

المجالات التي حصر القانون التصالح بشأنها في مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية.

البند الأول:

المجالات التي أجاز القانون التصالح بشأنها قبل صدور حكم قضائي نهائي في النازلة وبعده

من خلال الاطلاع على النصوص الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة يلاحظ أن بعض هاته النصوص قد وسعت من مدى وقوة المصالحة الجنائية في بعض المجالات، خاصة منها تلك التي تمس الجانب المالي والبيئي، إضافة إلى مجالات أخرى مختلفة. وينبع هذا التوسيع أساسا من فلسفة تجريم هذه المجالات، حيث الاعتقاد السائد هو أن هاته الجرائم لا تثير الشعور العام ولا تحدث الاضطراب اجتماعي بمفهومه الضيق، ولهذا فقد أجاز المشرع التصالح بشأنها سواء قبل إثارة الدعوى العمومية، أو بعد إثارتها وقبل صدور حكم نهائي في النازلة، أو حتى بعد صدور حكم قضائي نهائي.

ويمكن ذكر أهم هذه المجالات كما يأتي:

- الجمارك والضرائب غير المباشرة:

الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير

المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف رقم - 339 -77 1 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر

1977)، كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم -02 99 المصادق عليه بالظهير

الشريف رقم - 1 - 00 222 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)}،

- مخالفات ضوابط الصرف:

الفصل 11 من ظهير 30 غشت 1949 المتعلق بزجر

مخالفات ضوابط الصرف*،

- التبغ:

المادة 26 من الظهير الشريف رقم - 53 -03 1 الصادر بتاريخ 24 مارس 2003

بتنفيذ القانون رقم -02 46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع".

- حفظ الغابات واستغلالها:

الفصل 74 من ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بحفظ

الغابات واستغلالها"،

- القنص:

الفصل 22 مكرر من ظهير 21 يوليوز 1923 يتعلق بمراقبة الصيد كما وقع تعديله

وتتميمه5،

- الصيد في المياه الداخلية:

الفصل 33 من ظهير 11 أبريل 19226،

- الصيد البحري:

الفصل 53 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم -255 -73 1 الصادر

بتاريخ 23 نونبر 1973 المتعلق بتنظيم الصيد البحري"،

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 وتاريخ -15 -06 2000.

(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1929 المؤرخة في 14 أكتوبر 1949، ص 1903.

(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5096، وتاريخ 3 أبريل 2003، ص 1090.

(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 262 وتاريخ 29 أكتوبر 1917، ص 1151.

(5) المنشور بالجريدة الرسمية عدد537 وتاريخ -14 -08 1923، ص 537.

(6) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 476.

(7) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3187 وتاريخ 28 نونبر 1973، ص 3815.

- الوقاية من الصيد غير القانوني وغير المصرح به وغير المنظم ومحاربته:
المادة

33 من القانون رقم 15.12 المتعلق بالوقاية من الصيد غير القانوني وغير المصرح به وغير المنظم ومحاربته !.

- المحافظة على المبانى التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات:

المادة 55 من القانون رقم -80 22 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم - 341 -80 1 بتاريخ 17 صفر 1401 موافق 25 دجنبر *1980.

- الأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد:

الفصل 11 من الظهير شريف في تغيير الظهير الشريف الصادر بتاريخ 3 رجب 1343 (28 يناير 1925) يتعلق بالأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد3.

وجدير بالذكر أن مفهوم الحكم النهائي في مجموعة من النصوص التي أجازت المصالحة تفيد أن الأمر يتعلق بصدور قرار غير قابل لأي طعن من طرق الطعن العادية، كما أن بعض هذه المجالات نصت على صدور حكم فقط بإطلاق الوصف.

البند الثاني:

المجالات التي حصر القانون التصالح بشأنها في مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية:

بعد أن تطرقنا للجرائم التي أجاز المشرع التصالح بشأنها سواء قبل النطق بحكم نهائي أو بعده سنتطرق لمجالات أخرى نحى المشرع بشأنها منحى آخر، حيث ضيق من وقت

إبرام المصالحة بشأنها فقصره على الفترة الفاصلة بين ضبط الجريمة وإثارة الدعوى

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد الرسمية عدد 6259 بتاريخ 26 رجب 1435 (26 ماي 2014)، ص 4675.

(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد الرسمية عدد 3564 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1401 (18 فبراير 1981).

(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1347 بتاريخ 22 جمادى الثانية 1357 (19 غشت 1938)، ص 1351.

العمومية، إذ بمجرد إثارة الدعوى العمومية لا تبقى هناك إمكانية اللجوء إلى المصالحة وتبقى الدعوى العمومية قائمة إلى وقت انقضائها إما بصدور حكم يحسم النزاع أو بأحد الأسباب الأخرى لانقضائها. ولعل السبب في ذلك هو درجة مساس هاته الجرائم بالنظام العام.

وبالرجوع إلى هاته القوانين الجنائية الخاصة يلاحظ أن بعضها يتعلق بحماية المستهلك، والبعض الآخر يتعلق بتنظيم النقل البري، ومنها ما يتعلق بمجالات أخرى مختلفة، وهي كالآتي:

- حرية الأسعار والمنافسة:

الفصل 86 من الظهير الشريف رقم -225 -00 1 الصادر في 02 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000) بتنفيذ القانون رقم -99 06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة !.

- تنظيم الأثمان ومراقبتها وشروط حيازة المنتجات والبضائع وبيعها:

الفصل 19 من القانون رقم 008.71 الصادر في 21 من شعبان 1391 (12 أكتوبر 1971) المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وبشروط حيازة المنتجات والبضائع وبيعها كما وقع تغييره بالقانون رقم 35.79 2

- الادخار الاحتياطي:

الفصل 8 من القانون رقم 71/009 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1971 يتعلق بالمدخرات الاحتياطية،

- وحدات القياس:

الفصل 22 من ظهير شريف رقم 1.86.193 صادر في 28 من ربيع

الآخر 1407 (31 ديسمبر 1986) بتنفيذ القانون رقم2.79 المتعلق بوحدات القياس كما

وقع تعديله*؛

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810، وتاريخ 6 يوليوز 2000، ص 1941.

(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3766 بتاريخ 02/01/1985 الصفحة 33

(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3087، وتاريخ 29 دجنبر 1971، ص 3297.

(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3881 بتاريخ 17 رجب 1407 (18 مارس 1987)؛
ص 275.

- السير على الطرق:
المادة 219 من ظهير شريف رقم 1.10.07 صادر في 26 من صفر

1431 (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق".

- النقل العمومي:
الفصل 24 من الظهير الشريف رقم -260 -63 1 الصادر بتاريخ 12 نونبر

1963 بشأن النقل بواسطة السيارات عبر الطرق، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون

رقم 299.16.

- النقل العمومي عبر السكك الحديدية:
الظهير الشريف رقم -110 -60 1 بشأن

المحافظة على السكك الحديدية وأمنها ومراقبتها واستغلالها المؤرخ في 28/04/19613.

- مراقبة الموانئ البحرية التجارية:
الفصل 31 من الظهير الشريف رقم - 043 -59 1

المتعلق بمراقبة الموانئ البحرية التجارية).

المطلب الثالث:
ملاحظات واقتراحات بشأن مجال المصالحة الجنائية:

يتبين إذن، أن المصالحة الجنائية تشمل مجالات متعددة ومهمة، وبالتالي فهي بقوة

الواقع ليست استثناء من المبدأ العام، ومع ذلك لم يتدخل المشرع لوضع مبادئ قانونية

تشكل إطارا ومرجعا عاما لهذه المؤسسة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يلاحظ غياب

نظرة شمولية في معالجة هذه المؤسسة، وهذا ما يتجلى أساسا في تباين تصنيفها؛

ففي

بعض المجالات يمكن إبرامها سواء قبل الحكم النهائي أو بعده، بينما في مجالات

أخرى لا يمكن اللجوء إليها إلا قبل إثارة الدعوى العمومية، وهذا ما يخلق نوعا من

الاضطراب وعدم التجانس في المبادئ والمقتضيات، وهو تصنيف غير مبرر وغير مؤسس.

وهكذا يمكن تحديد أهم الملاحظات المتعلقة بمجالات المصالحة الجنائية في الآتي:

(1) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5824 الصادرة بتاريخ 8 ربيع الآخر 1431 (25 مارس 2010).

(2) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4777 الصادرة بتاريخ 13 مارس 2000، صفحة 418.

(3) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2533، وتاريخ 12 ماي 1961، ص 2094.

(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2533، وتاريخ 12 ماي 1961، ص 2090.

- لم يعتمد المشرع المغربي على معيار موضوعي لتبرير التمييز بين هذه المجالات، ولم يبرز علة هذا التمييز، وقد ذهب البعض إلى القول بأن التوسيع من مدى أثر المصالحة ليشمل إمكانية إبرامها حتى بعد صدور حكم نهائي في النزاع ينصب بالأساس على عينة من الجرائم ذات الطابع المالي، وأنها تتعلق بجرائم لا تثير الشعور العام لأنها جرائم اصطناعية ارتبط ظهورها بالتطور الاقتصادي الذي عرفه المجتمع وبالتالي فإن التصالح بشأنها لا يشكل أي مساس بالنظام العام! «، لكن هذا القول محل نظر ؛

فحتى الجرائم

المالية تثير النظام العام خاصة الاقتصادي منه، فالمشرع عندما يعمد إلى تجريم تصرف معين فلأنه يشكل خطرا على الاستقرار الاجتماعي «فكل تصرف غير مشروع يعتبر خطرا من وجهة نظر المجتمع)%، فهذه الجرائم وإن كانت لا تثير استنكار المجتمع فهي تمس النظام العام، وهي عكس الجرائم الأخرى التي تلحق ضررا بالمجتمع انطلاقا مما يحيق بأفراده من ضرر فإنها تلحق ضررا مباشرا بالمجتمع ثم ينعكس هذا الضرر على الأفراد («

فالجرائم البحرية تزعزع النظام العام ... إذ بالرغم من عدم تعامل الرأي العام معها بحساسية فإن الضرر يحيق بالاقتصاد الوطني ويمس المجتمع برمته»3 .

وبالتالي فليس هناك مبرر موضوعي للتمييز بين هذه الجرائم من حيث توسيع أو تضييق وقت إمكانية إبرام المصالحة بشأنها.

- إن التنصيص على إمكانية إبرام المصالحة بعد صدور حكم نهائي يحسم النزاع فيما يتعلق بالجزاءات المالية، يشكل مسا بمبدأ قوة الشيء المقضي به وما يحققه من مزايا تتمثل أساسا في «الاستقرار القانوني والعدالة وكفالة الحريات»٩، فالغرامة تعتبر عقوبة شأنها شأن الجزاءات السالبة للحرية، وإعطاء إمكانية التصالح بشأنها يعتبر مسا بقوة الأحكام القضائية النهائية.

(2) Z- G.Anachkine :

Problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit criminelle et droit pénal administratif ; Revue International de Droit Pénal ; p- 449

(3) Mohamed Drissi Alami :

Droit Pénal Maritime ; Revue juridique et politique et économique du Maroc ; Faculté de droit Mohamed V Rabat ; n 9, 1981, p- 41

(4) سمير عالية :

«قوة القضية المقضية «، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الثانية 1987 ، ص 296.

- لم يخضع المشرع المغربي المصالحة الجنائية لأية رقابة قضائية سابقة على إبرامها حيث لم يشترط موافقة القضاء على إبرامها حتى في الحالة التي تكون فيها القضية مثارة أمام المحكمة.

ومن أجل تجاوز هذه الملاحظات أو النقائص يتعين على المشرع أن يتدخل للتقليص من هذا التباين، ويمكن اقتراح ما يلي:

أولا:

إلغاء المقتضيات التي تجيز التصالح بعد النطق بالحكم النهائي نظرا لما تعرضت له هذه الإمكانية من انتقادات على اعتبار مساسها بمبدأ قوة الشيء المقضي.

ثانيا:

تمديد إمكانية إبرام المصالحة بالنسبة للمجالات التي حصرتها في الفترة ما قبل إثارة الدعوى العمومية حتى بعد إثارة هذه الدعوى وقبل صدور حكم نهائي في النزاع.

ومن شأن هذا المقترح أن يحقق نوعا من التجانس بين مجالات المصالحة، كما سيؤدي

إلى توحيد أحكام المصالحة من حيث إعمال آثارها، لتكون جائزة في جميع مراحل التقاضي وحتى صدور حكم نهائي في النزاع.

لكن هذا التعديل يقتضي أن يواكبه تعديل آخر يتعلق بتدعيم وضعية القضاء في مسطرة المصالحة الجنائية وذلك كما يلي :

- اشتراط ضرورة موافقة القضاء على إبرام المصالحة في حالة إثارة الدعوى العمومية، فحينما تكون القضية معروضة على أنظار المحكمة يجب أن تبقى مختصة في تقدير جسامة الجرم وخطورة المجرم وفرضها جزاءات على من يستحق ذلك حتى لا تصبح المصالحة عامل تشجيع على ارتكاب الجرائم، ومن هنا يجب إعطاء القضاء سلطة تقديرية في الاختيار بين إقرار إبرام المصالحة أو رفضها والاستمرار في الإجراءات القضائية مع تبرير وتعليل هذا الموقف والذي يمكن الطعن فيه من طرف المتضرر أمام الجهات القضائية العليا.

- أما قبل إثارة الدعوى العمومية فيبقى اختصاص تقدير ملاءمة إبرام المصالحة من عدم إبرامها للإدارة تبعا لسلطتها في تحريك الدعوى العمومية، على أن يتم ضبط وتأطير هذه السلطة بقواعد وشروط موضوعية منعا لكل تعسف من جانب الإدارة.

المبحث الثاني :

آثار المصالحة الجنائية:

إذا كان القانون هو الذي يمنح حق إبرام المصالحة لبعض الإدارات العامة بشأن بعض الجرائم التي تمس بالمرفق المناط إليها أمر السهر عليه، فإن «القانون نفسه هو الذي يعين آثار هذه المصالحة» !.

وأهم ما يميز المصالحة الجنائية هو ما تتمتع به من آثار؛

فللمصالحة أثر حاسم ومسقط

فهي تحسم النزاع نهائيا حيث تؤدي إلى سقوط حق الدولة في العقاب وما يشتمل عليه من وسيلة اقتضاء هذا الحق - أي الدعوى العمومية- وكذا جميع الجزاءات الجائز التصالح عليها قانونا، إلا أن آثارها تتباين بحسب ما إذا أبرمت قبل النطق بالحكم النهائي أو بعده حيث يكون لها في الحالة الأولى مفعولا أكثر منه في الحالة الثانية فتؤدي في

حالة إبرامها قبل النطق بحكم نهائي إلى سقوط الدعوى العمومية، أما في حالة إبرامها

بعد صدور حكم نهائي فإنها لا تسقط الدعوى العمومية وإنما يكون من آثارها تعديل

الحكم.

وتجدر الإشارة في البداية إلى أن هناك تباين في النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة،

فهناك بعض النصوص تطرقت لصدور حكم بإطلاق الوصف، وهناك نصوص أخرى

(1) هوبر كارتيري :

« العقوبات « تعريب موسى عبود، مجلة القضاء والقانون عدد 67,66,65، السنة 1964، ص 191.

Cogniard P. et George Brière de L'Isle :

« Procédure pénal :

Les Juridictions et les actions », Tome I, Armond (2)

Colin, Paris, 1971.p. 147- 148

(3) ينص الفصل 74 من ظهير 10/10/1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها والممتد العمل به حتي بالنسبة للقنص

والصيد في الأنهار :

» ... وإذا صدر الحكم فإن الصلح لا يقع إلا في قدر الذعاير والتعويضات المدنية ... ».

ينص الفصل 55 من القانون المتعلق بالمحافظة على المباني الأثرية على أنه » يحق للإدارة إبرام المصالحة بشأن

المخالفات لهذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه سواء قبل صدور الحكم أو بعده ... «.

ينص الفصل 11 من القانون المتعلق بالأشياء التي يمنع إرسالها بالبريد على ما يلي:

«يرخص لإدارة البريد والتلغراف

والتيلفون أن تجري المصالحة قبل صدور الحكم أو بعده فيما يتعلق بأمور المخالفة للفصل الأول والثاني والثالث من

ظهيرنا الشريف هذا».

قيدته في الحكم النهائي!، والظاهر هو أن المقصود في كلا الحالتين هو صدور حكم

نهائي، وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن العادية.

ولمعالجة هذا الفصل سنقسمه إلى مطلبين:

المطلب الأول:

تأثير المصالحة على الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة.

المطلب الثاني:

تأثير المصالحة على العقوبات والتدابير الوقائية.

المطلب الأول:

تأثير المصالحة على الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة:

إذا كان المشرع ينص صراحة على اعتبار المصالحة الجنائية كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية فإن التساؤل يثار بخصوص تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة لها .

ولمعالجة هذا المطلب سيتم تقسيمه إلى بندين:

البند الأول:

تأثير المصالحة على الدعوى العمومية.

البند الثاني:

تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة.

البند الأول :

تأثير المصالحة على الدعوى العمومية :

تنص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية على أن المصالحة سبب من أسباب سقوط الدعوى العمومية، وتبرز هاته الحالة بالخصوص عندما يتم التصالح والدعوى العمومية

(1) ينص الفصل 53 من ظهير 23/11/1973:

» ... تلزم المصالحة الأطراف بكيفية لا رجعة فيها ولا يقدم في شأنها أي طعن. وينتج عن إبرامها قبل صدور الحكم النهائي إسقاط الدعوى العمومية «.

الجمارك:

الفصل 273 - للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة

الجمركية. وإذا وقع الصلح وصار نهائيا قبل الحكم النهائي ترتب عليه بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة انقضاء دعوى النيابة

ودعوى الإدارة. وإذا وقع بعد حكم نهائي فإنه لا يسقط عقوبة الحبس والتدبير الوقائي الشخصي المنصوص عليه في الفقرة 1

من الفصل 220 أعلاه.

الصرف:

الفصل 11 :

... ويمكن وقوع المصالحة قبل الحكم الابتدائي أو النهائي أو بعده على أنه في الحالة الثانية تبقى العقوبات البدنية جارية على مرتكب الجنحة رغما من المصالحة ..

قائمة ولم تنقض بأحد أسباب انقضائها.

فإبرام مصالحة قبل حكم نهائي يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية في العلاقة التي تربط بين الإدارة والمتصالح، خاصة عندما يقوم المتصالح بتنفيذ التزاماته التي التزم بها بمقتضى المصالحة - وهاته هي الحالة العادية- ففي هاته الحالة يبلغ مبدأ «الأثر المسقط» الذي تتمتع به المصالحة مداه حيث تؤثر على المسطرة الإدارية والمسطرة القضائية وتمتد آثارها إلى جميع الجزاءات سواء المالية أو الحبسية وكذا التدابير الوقائية، فتكون للمصالحة «قوة القضية المقضية»» في مواجهة الطرفين.

وتتجلى هاته الآثار حسب مرحلة إبرام المصالحة فيما يلي :

- يترتب عن إبرام المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية سقوط كل حق في متابعة المتصالح بخصوص نفس الأفعال المتصالح بشأنها سواء من طرف الإدارة أو من طرف النيابة العامة، وإذا ما رفعت الدعوى العمومية رغم وقوع الصلح الحائز لشروطه فإنها تعتبر دعوى باطلة لأنها رفعت بعد انقضائها وسقوطها بالصلح، ومن المعروف أن الساقط لا يعود» :

.

- وإذا أبرمت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية فيتعين على النيابة العامة أن توقف إجراءات المتابعة ويتعين على المحكمة المرفوع أمامها النزاع أن تحكم بسقوط الدعوى العمومية، «فإذا حكم القاضي بالعقوبة رغم الصلح فقد أخطأ في تطبيق القانون ويجوز استئناف حكمه لخطأ في تطبيق القانون»٦، بل لا يجوز النظر في الدعوى بعد الصلح حتى ولو صدر الحكم بالبراءة)»».

(1) Causse :

Op.Cit.p.124

Blanc :

Op.Cit.p.153

Gassin :

Op.Cit.p.5

Dupré :

Op.Cit.p.148

(2) أحمد رفعت خفاجي :

مرجع سابق، ص :

895.

(3) أحمد رفعت خفاجي :

نفس المرجع، ص 895.

- جندي عبد الملك :

((الموسوعة الجنائية)»، المجلد III، دار المؤلفات القانونية، بيروت، بدون سنة، ص 584.

(4) سامي النصراوي :

«أصول المحاكمات الجزائية»، الجزء 1 ، مطبعة دار السلام، بغداد، 1976، ص 175.

- أما إذا أبرمت المصالحة بعد صدور الحكم النهائي، فإن آثارها لا تمتد إلى الجزاءات الحبسية، ويتعين على الإدارة في هذه الحالة التوقف عن متابعة مسطرة تحصيل الجزاءات المالية، ويتم إطلاق سراح المتهم المسجون في إطار الإكراه البدني، وإرجاع الأشياء المحجوزة.

وهذا الأثر المسقط للمصالحة على الدعوى العمومية يجعلها تحقق ميزة أساسية للمتصالح تميزها عن انقضاء الدعوى العمومية بحكم يحوز على قوة الشيء المقضي به، إذ لا ينتج في الغالب عن انقضاء الدعوى العمومية بالتصالح أي من الأوصاف المرتبطة بالحكم بالإدانة فهي لا تسجل في سجل السوابق العدلي وبالتالي فهي لا تدخل ضمن العناصر «المكونة للماضي الجنائي للشخص محل المساءلة»، وإن كانت بعض النصوص القانونية تعتمد عليها لمنع إبرام مصالحة أخرى، وعلى سبيل المثال المادة 31 من القانون المتعلق بمراقبة الموانئ البحرية التجارية التي تنص على أنه لا يتم إبرام المصالحة مع المخالف إذا كان نفس الشخص من جراء إحدى المخالفات المقررة في نفس القانون

قد أدى ذعيرة على وجه الصلح في ظرف الاثني عشر شهرا السابق. وهناك إدارات أخرى تجعلها عامل تشديد في رفع مبلغ الجزاء التصالحي مثل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

البند الثاني :

تأثير المصالحة الدعوى المدنية التابعة :

قد تتسبب إحدى الجرائم المتصالح بشأنها في إحداث ضرر بأحد الخواص - فردا كان أو جمعية أو نقابة مهنية- ، إضافة إلى الضرر الذي تلحقه بالمصلحة العامة١، ففي هاته

(1) Soyer Jean Claude :

« Droit pénal et procédure pénal » Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, paris

11 eme Edition 1994 .p.199

(2) وهذا ما ينص عليه دليل التسويات التصالحية الوارد بمقتضى مذكرة السيد المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير

المباشرة عدد D9850 /20 /ADI1/100 بتاريخ 31 دجنبر 2020.

(3) للإجابة علي التساؤل :

هل تلحق المخالفات في بعض المجالات التي أجازت المصالحة (الجمرك، الزيادة غير المشروعة في الأثمان، الجرائم البيئية ...) ضررا شخصيا أو أنها لا تلحق سوى ضرر عام؟

الرجوع إلى :

عمر أبو الطيب :

«الضرر القابل للتعويض أمام القضاء الزجري»، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، 1982، مطبوع على الآلة الكاتبة ، ص 444 وما بعدها.

الحالة هل تؤثر المصالحة على حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقته به الجريمة؟، بمعنى آخر هل تؤثر المصالحة الجنائية على الدعوى المدنية التابعة؟ :

للإجابة على هذا التساؤل يتم تقسيم هذا البند إلى عنصرين:

- أولا:

تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة قبل إثارة الدعوى العمومية.

- ثانيا:

تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة بعد إثارة الدعوى العمومية

أولا :

تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة قبل إثارة الدعوى العمومية:

حينما ترتكب مخالفة للقوانين الجنائية التي أجازت المصالحة، وقبل إثارة الدعوى العمومية هل يجوز للمطالب بالحق المدني اللجوء إلى القضاء الزجري من أجل المطالبة بالتعويض المدني أم لا يجوز له ذلك؟:

للإجابة على هذا التساؤل يمكن تصور فرضيتين:

الفرضية الأولى:

وهي حالة إبرام المصالحة قبل إثارة المتابعة، ففي هذه الحالة يؤدي سقوط الدعوى العمومية إلى سقوط حق المطالب بالتعويض المدني في اللجوء إلى القضاء الزجري ولا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، فمن «الشروط الجوهرية لقبول دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري عدم انقضاء الدعوى العمومية!، لذا فإنه من غير الممكن تصور إعطاء المتضرر مكنة اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض المدني حينما يتم إبرام مصالحة قبل المتابعة :

.

(1) Drissi Alami Machichi :

finalité de l'action civile dans sa signification pénale, revue de la sûreté nationale,

n :

159,1989, p. 7

(2) Raymond Gassin :

op . cit .p. 7

وقد تبنى المشرع المغربي هذا الرأي بمقتضى المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية التي تشترط لبقاء اختصاص القضاء الزجري بنظر دعوى التعويض المدني رغم سقوط الدعوى العمومية أن تكون المحكمة الزجرية «تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا»، فسقوط الدعوى العمومية قبل رفع دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري يجعل هذا

الأخير غير مختص بالنظر في دعوى التعويض ويتعين على المتضرر أن يلجأ إلى القضاء المدني «ويتعين على المحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص في نظر دعوى التعويض المدني وإلا عرضت قرارها للنقض !.

- الفرضية الثانية:

قبل إبرام المصالحة وقبل إثارة الدعوى العمومية من طرف الإدارة المعنية هل يجوز للمتضرر رفع دعوى التعويض أمام القضاء الزجري وبالتالي إثارة الدعوى العمومية أم أن «احتمال» إبرام مصالحة سيحجب حقه في اللجوء إلى القضاء الزجري؟:

يثار هذا التساؤل خاصة بالنسبة للمجالات التي لم تجز إبرام مصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية حيث إن المطالبة بالحق المدني أما القضاء الزجري ستؤدي إلى إثارة الدعوى العمومية وبالتالي ستحرم الإدارة من حقها في تقدير مدى ملاءمة إثارة الدعوى العمومية أو إبرام مصالحة، أما المجالات الأخرى التي أجازت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية فإن المطالبة بالتعويض المدني أمام القضاء الزجري لن تشكل مسا بحقوق الإدارة إذ بإمكان هاته الأخيرة إبرام مصالحة حتى بعد إثارة الدعوى العمومية.

وإجابة على التساؤل أعلاه صدر قرار عن الغرفة الجنائية الفرنسية بتاريخ 19 نونبر 1959 بخصوص الجرائم الاقتصادية، ذهب إلى حرمان المتضرر من اللجوء إلى arret Milhaud

(1) هذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بخصوص سقوط الدعوى العمومية بالتقادم قبل عرضها

على المحكمة :

قرار المجلس الأعلى عدد 2677 بتاريخ 20 مارس 1989، منشور ب:

إدريس ملين مجموعة قرارات

المجلس الأعلى :

المادة الجنائية، 1981/1995، مرجع سابق، ص 298 .

القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض المدني، ومن بين التبريرات المعتمدة لهذا الرفض هو «احتمال إبرام المصالحة من طرف الإدارة».

وقد أيد بعض الفقه هذا القرار وعلل ذلك بالاستناد على الطبيعة الخاصة للمسطرة الإدارية في هاته المجالات، حيث تؤدى المصالحة المبرمة بوجه صحيح إلى وضع حد لكل متابعة قضائية، فمادام المشرع قد سلب من النيابة العامة حقها في إثارة الدعوى العمومية في هاته المجالات فإن ذلك يبرر أكثر منع المتضرر من اللجوء إلى القضاء الزجري للمطالبة بالتعويض وإثارة الدعوى العمومية» !.

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب البعض الآخر في معرض تعليقه على نفس القرار المشار إليه أعلاه إلى أن المحكمة قد جانبت الصواب، وأن هذا القرار يشكل اعتداء على الدعوى المدنية التابعة لأنه إذا تم منع المطالب بالحق المدني من اللجوء إلى القضاء الزجري، فإن ذلك سيؤدي إلى انتشار الجرائم غير المتابع عنها أو غير المعاقب عليها، خصوصا وأن الجرائم الاقتصادية لا تثير الشعور العام وقد تتهاون الإدارة في المتابعة، لذا فلا يجب حرمان المتضرر من اللجوء إلى المحكمة الزجرية للمطالبة بحقه المدني وبالتالي إثارة الدعوى العمومية تبعا لذلك)» :

.

وقد تبنت المحكمة العليا الفرنسية لاحقا قرارا مخالفا لقرار Milhaud، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 22 يناير 1970 إذ اعتبرت أن «احتمال انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة لا يمكن أن يكون حاجزا أمام قبول دعوى التعويض المدني أمام القضاء الزجري٥، وهذا ما تم تكريسه تشريعيا في فرنسا حيث تم التنصيص عليه صراحة الفصل 45 من القانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 1973.

Periodiques. Classeurs Juris Crim. . Chambre Cassation. de Cour 1959. Novembre Crim19 (1) 1960. 11448.

Note Pierre Chambon.

(2) Crim 19 Novembre 1959. Recueil Dalloz Sirey. 1960. Note Georges Durrey, p 467.

Guerin Note 16326, 1970.II. periodiques, classeurs Juris- 1970, janvier 22 Crim., Cass. (3) Henri.

ونعتقد أنه بالنسبة للمغرب وفي غياب نص صريح يحسم هذا الإشكال فمن الأفضل

التمييز بين مجالات المصالحة الجنائية:

- بالنسبة للمجالات التي أجاز فيها المشرع التصالح سواء قبل إثارة المتابعات أو بعدها فإنه يمكن للمتضرر من الجريمة أن يلجأ إلى القضاء الزجري، متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية!، للمطالبة بالحق المدني، لأن ذلك لن يحرم الإدارة من حقها في إبرام المصالحة وسيحقق المصلحة المرجوة من وراء إعطاء المتضرر الحق في إثارة الدعوى العمومية.

- أما في المجالات التي أجازت المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية فقط فإن تخويل المتضرر حق إثارة هاته الدعوى سيتعارض والحقوق المخولة للإدارة في إنهاء الدعوى العمومية بالصلح أو بإثارة الدعوى العمومية بطلب، وبالتالي فإذا كان المشرع قد حرم النيابة العامة من حقها في إثارة الدعوى العمومية فسيكون من باب أولى عدم تمكين المتضرر من المخالفة من هذا الحق الذي حرمت منه النيابة العامة.

ويبقى الحل الأنسب هو تدخل المشرع لحل هاته الإشكالات بنصوص صريحة كما فعل في حالة سقوط الدعوى العمومية بعد ثبوت اختصاص المحكمة الزجرية بنظر الدعوى المدنية التابعة لها (المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية).

ثانيا:

تأثير المصالحة على الدعوى المدنية التابعة بعد إثارة الدعوى العمومية:

هل يؤثر إبرام مصالحة بخصوص الدعوى العمومية القائمة على مصير الدعوى المدنية

(1) تنص المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية على أنه:

«يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج

عن جناية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصيا لضرر جسيماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة.

يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفا مدنيا، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع

سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف

المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي.

يمكن للدولة وللجماعات المحلية أن تتقدم بصفتها طرفا مدنيا، لمطالبة مرتكب الجريمة بأن يرد لها المبالغ التي طلب

منها دفعها لموظفين أو لذوي حقوقهم طبقا للقانون الجاري به العمل».

التابعة لها، بمعنى هل يظل القضاء الزجري مختصا بنظر دعوى التعويض المدني المرفوعة إليه جنبا إلى جنب مع الدعوى العمومية رغم انقضاء هاته الأخيرة بالمصالحة؟
لقد حمست المادة 12 من قانون المسطرة الجنائية هذا الإشكال بتنصيصها على أنه :
«إذا كانت المحكمة الزجرية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا، فإن وقوع حوادث مسقطة للدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الزجرية»، فقد أخذ القانون المغربي بفكرة استقلال كل من الدعويين عن بعضهما بمجرد وضع المحكمة الزجرية يدها عليهما!، ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية يتحدد وقت إقامة هذه الدعوى، فإذا ثبت اختصاصها في ذلك الوقت بقيت مختصة بها حتى يفصل فيها، ولا يتأثر ذلك بما يمكن أن يطرأ بعد ذلك من عوامل قد تؤثر على هذا الاختصاص»3، ويرجع السبب في ذلك إلى حرص المشرع المغربي «على سرعة البت في القضايا وتفادي تكرار الإجراءات نتيجة تنقل الملف من محكمة إلى أخرى سيما إذا حدث سبب انتهاء الدعوى العمومية في المرحلة النهائية للإجراءات»3.

المطلب الثاني :
تأثير المصالحة على العقوبات والتدابير الوقائية:

تنص المجالات الجنائية الخاصة التي أجازت المصالحة على مجموعة من الجزاءات وهي إما سالبة للحرية أو سالبة للحقوق، كما قد تكون جزاءات مالية أو جزاءات إدارية، أو تدابير وقائية، فهل تؤثر المصالحة على مجموعة هاته الجزاءات؟، وهذا ما يتم التطرق إليه كما يلي:

(1) يتحقق عرض الدعوى العمومية على المحكمة بتسليم المتهم الاستدعاء بالحضور أمام المحكمة الزجرية قبل حدوث سبب السقوط كما تعتبر الدعوى المدنية معروضة على المحكمة بتقديم المذكرة المنصوص عليها في المادة 349 من قانون المسطرة الجنائية أو بالتصريح شفويا في الجلسة بالمطالبة بالحق المدني.

(2) مصطفى مجدي هرجة :
«الادعاء المباشر والدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي وحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني»، المطبعة بدون، الطبعة الأولى، ص 71- 72.

(3) أحمد الخمليشي :
« شرح قانون المسطرة الجنائية»، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، النسخة الثالثة، 1988، ص 229.

البند الأول:
تأثير المصالحة على العقوبات السالبة للحرية،

البند الثاني :
تأثير المصالحة على الجزاءات المالية،

البند الثالث:
تأثير المصالحة على الجزاءات الإدارية والسالبة للحقوق،

البند الرابع:
تأثير المصالحة على التدابير الوقائية وخاصة المصادرة.

البند الأول:
تأثير المصالحة على العقوبات السالبة للحرية

إن تأثير المصالحة الجنائية على العقوبات الحبسية هو الذي يجعلها تظهر كمؤسسة ملفتة للنظر، وذلك لوقوعها على جرائم تمس النظام العام، إلا أن تأثيرها على هاته العقوبات ليس مطلقا وإنما مشروط بعدم صدور حكم نهائي في النزاع.

أولا:
المصالحة قبل الحكم النهائي:

يؤدي إبرام المصالحة قبل الحكم النهائي إلى سقوط الدعوى العمومية في جميع أجزائها أي سواء تعلقت بعقوبات حبسية أو مالية، ولم يقيد المشرع سلطة الإدارة في اللجوء إلى المصالحة بأية قيود أو شروط باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 219 من ظهير شريف رقم 1.10.07 صادر في 26 من صفر 1431 (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 52.05 المتعلق بمدونة السير على الطرق!، والفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ

البحرية التجارية *.

(1) تنص المادة 219 من مدونة السير على الطرق على منع إمكانية التصالح في الحالات التالية :
- في حالة العود، وإذا

تعلق الأمر بمخالفات من الدرجة الأولى؛

وإذا سبقت المخالفة جنحة أو صاحبتها أو أعقبتها ؛

وإذا ارتكب الفاعل عدة

مخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه، تمت معاينتها في آن واحد، من بينها واحدة على الأقل لا

يمكن أن تكون موضوع مصالحة.

(2) ينص الفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ البحرية التجارية على أنه:
إذا أثبتت مخالفة لمقتضيات ظهيرنا الشريف

هذا ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 34 بعده أمكن لمدير الميناء أن يقترح على مقترف المخالفة أن يؤدي فورا

للعون المقرر ذعيرة على وجه الصلح تقل في جميع الأحوال عن أقصى الذعيرة المقررة.

ويكون من شأن مفعول هذا الدفع إيقاف كل متابعة. ولا تطبق المقتضيات السابقة في الحالتين الآتيتين:
1 - إذا كانت

المخالفة المثبتة تعرض مقترفها إما لعقوبة غير عقوبة مالية وإما لتعويض الأضرار اللاحقة بالأشخاص أو بالأموال؛
2 - إذا

كان نفس الشخص من جراء إحدى المخالفات المقررة في ظهيرنا الشريف هذا قد صدر في حقه حكم جنائي أو أدى

ذعيرة على وجه الصلح في ظرف الاثني عشر شهرا السابق.

وقد تعرضت المصالحة في هذا الجانب لأهم الانتقادات التي لحقت بها؛
إذ كيف يعقل

أن تؤدي المصالحة إلى انقضاء الدعوى العمومية أصلا، وخصوصا عندما يتعلق الأمر

بجزاءات حبسية تمس النظام العام والتي لا يسع حتى النيابة العامة - ممثلة المجتمع - أن

تتنازل عنها، إضافة إلى الشعور الذي تخلفه لدى العامة والمتمثل في الاعتقاد بإمكانية

شراء العقوبات الحبسية بمبلغ مالي، لذا ذهب البعض إلى اقتراح قصر آثار المصالحة على المخالفات المعاقب عليها بجزاءات مالية دون الجزاءات الحبسية»١، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 31 من القانون المتعلق بالموانئ البحرية التجارية الذي ينص على عدم جواز إبرام المصالحة إذا كانت الجريمة معاقب عليها بعقوبة غير العقوبة المالية.

وامتداد آثار المصالحة قبل الحكم النهائي إلى جميع الجزاءات سواء الحبسية منها أو المالية، هو الذي يعطي لخيار التصالح جاذبية بالنسبة للمتصالح ويدفعه دفعا للسعي من أجل إبرامها تفاديا للجوء إلى مسطرة قضائية غير مأمونة العواقب.

وكنتيجة لهذا الأثر يتعين إطلاق سراح المتصالح إن كان معتقلا بمناسبة ارتكابه الجريمة موضوع التصالح، وتختص النيابة العامة - كأصل- في القيام بذلك لأن «الإفراج عن المتهم بعد إبرامه المصالحة، يكون بحكم القانون ولا يحتاج بتاتا إلى إقرار قضائي على يد المحكمة ولو كانت القضية تحت نظرها ... ، لكن إذا تمت المنازعة من طرف النيابة العامة في الصبغة القانونية للمصالحة أمكن حينئذ اللجوء إلى المحكمة المنشور أمامها موضوع التهمة للبت في الموضوع ولا يتم الإفراج عن المعتقل إلا بعد الإعلان قضائيا عن سقوط الدعوى العمومية»3، ويمكن للنيابة العامة أن تنازع مثلا في الصبغة القانونية للمصالحة إذا ما ارتأت أن المصالحة لم تبرم من طرف الجهة الإدارية المختصة أو أن

(1) Dupre:

Op. Cit.p.55.

Causse :

Op.Cit.p.116- 119

(2) حمو مستور :

آثار المصالحة في الميدان الزجري»، مجلة المحاكم المغربية، عدد 53، يناير - فبراير 1988، ص 65.

القانون لا ينص على جواز التصالح بخصوص الجريمة المتابع بشأنها.

ثانيا:

المصالحة بعد الحكم النهائي:

لم يبح أي نص من التشريعات الجنائية التي أجازت المصالحة امتداد آثار المصالحة بعد الحكم النهائي إلى العقوبات الحبسية، فهناك من النصوص ما نصت على «إبقاء العقوبات البدنية» (فصل 11 من ظهير 1949 المنظم للصرف)، أو «إبقاء عقوبة الحبس» (فصل 273 من المدونة الجمركية)، وهناك ما ذهبت إلى قصر آثار المصالحة بعد الحكم النهائي على «العقوبات المالية والتعويضات المدنية» (الفصل 74 من ظهير 1917 المنظم للغابات والمعمول به حتى بالنسبة للقنص والصيد في الأنهار والفصل 53 من ظهير 1973 المنظم للصيد البحري) مما يفيد عدم شمولها للعقوبات الحبسية.

وقد بررت الأستاذة كوس ذلك في كون الأخذ بامتداد آثار المصالحة بعد الحكم النهائي إلى العقوبات الحبسية يتعارض وحق العفو، إذ لا يجوز أن تحل الإدارة محل رئيس الدولة في ممارسة حق العفو، إلا في حالة التنصيص على ذلك بنص قطعي وصريح».

وتجدر الإشارة على ان المصالحة تؤثر على الإكراه البدني، لأن هذا الإجراء لا يعتبر عقوبة وإنما وسيلة إجبار من أجل الأداء، وتأثير المصالحة الجنائية على هذا الإجراء لا يعتبر تأثيرا على العقوبات الحبسية التي لا تجوز بعد صيرورة الحكم نهائيا، وإنما على وسيلة إكراه وإجبار لأداء غرامة جنائية، فإذا سقطت الغرامة موضوع الإكراه البدني بالتصالح سقط بالتالي الإكراه البدني الرامي إلى تحصيلها».

(1) لان القوانين الجنائية الخاصة الفرنسية المعمول بها حاليا قد منعت إبرام مصالحة بعد النطق بحكم نهائي يحسم

النزاع.

البند الثاني :

تأثير المصالحة على الجزاءات المالية :

تتمثل الجزاءات المالية في الغرامة أساسا، لذا فإننا سنبحث تأثير المصالحة عليها، على أنه وزيادة في التوسع سيتم التطرق لتأثير المصالحة على المصاريف القضائية، وعلى الغرامة التهديدية:

أولا:

تأثير المصالحة على الغرامة :

الغرامة هي الجزاء الأساسي المطبق في المجالات التي أجازت المصالحة، وتؤثر المصالحة على الجزاءات المالية سواء أبرمت قبل النطق بالحكم النهائي أو بعده، وإذا كانت الحالة الأولى لا تثير أي إشكال يذكر إذ أن الأثر الطبيعي للمصالحة قبل الحكم النهائي هو الجزاءات المالية، إلا أن تأثيرها على هاته الجزاءات بعد النطق بالحكم النهائي قد يثير بعض التحفظات، فالغرامة شأنها شأن الجزاءات السالبة للحرية «عقوبة»، وإذا كان يغلب عليها في بعض هاته المجالات طابع التعويض المدني فهي ليست تعويضات مدنية بالمعنى الدقيق ولا يمكن إنكار طابعها الزجري خاصة عندما يتم الحكم بها ولو لم تحدث المخالفة أي ضرر مادي بخزينة الدولة. وهنا فإن المصالحة بعد الحكم النهائي تمس بقوة الأحكام القضائية.

ثانيا:

تأثير المصالحة على المصاريف القضائية :

في حالة إبرام مصالحة مع الإدارة المختصة بعد إثارة الدعوى العمومية أمام القضاء هل تنصب هاته المصالحة حتى على المصاريف القضائية ويتحلل منها المتصالح أم تظل على كاهله ويلزم بأدائها؟

يري الدكتور سامي النصراوي بأنه يترتب عن المصالحة «نفس الأثر الذي يترتب على

الحكم بالبراءة أي يؤدي إلى انقضاء حق الدولة في العقاب وما يشتمل عليه من العقوبات الأصلية والفرعية وكذلك المصاريف المتعلقة بالدعوى العمومية» !.

وفي المغرب، ذهبت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) في نفس الاتجاه؛

حيث قضت بأن «المصالحة الجمركية المبرمة بدون تحفظ أثناء سريان المتابعة بين إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة والظنين تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية وكذا دعوى الإدارة، وتمنع على المحاكم الزجرية الحكم على الظنين بأداء المصاريف القضائية بعد إبرام المصالحة))%، ويتعلق هذا الاجتهاد بإبرام المصالحة قبل صدور الحكم، بحيث لا يمكن الحكم على الظنين بالمصاريف ما دام أن الدعوى قد انقضت بالتصالح وليس بالحكم.

أما في حالة إبرام المصالحة بعد الحكم سواء كان نهائيا أم لم يكن كذلك، فإن المصاريف يتحملها المتصالح، ما دام أن الفصل 277 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة ينص صراحة على أنه:

«في حالة إبرام مصالحة، لا يمكن بأي وجه من الوجوه أن تتحمل الإدارة المصاريف القضائية المحتملة».

أما في فرنسا فإن إبرام مصالحة «لا يعفى المتصالح من أداء مصاريف الدعوى» إذ أن المصالحة بعد الحكم النهائي وإن كانت تؤدي إلى سقوط الجزاءات المالية المحكوم بها فإنها لا تؤثر على الصوائر القضائية التي تظل واجبة التحصيل»٩.

(1) سامي النصراوي :
«أصول المحاكمات الجزائية»، مرجع سابق، ص 175.

(2) La revue marocaine du droit nº 8, octobre 1965, Jurisprudences de la cour suprême (chambre criminelle), p

346.

p.16.

ثالثا:

تأثير المصالحة على الغرامة التهديدية:

انطلاقا من طبيعتها كوسيلة إكراه تهدف إلى ردع الامتناع عن تنفيذ الحكم وتستخلص حسب خطورة غلط المدين الممتنع وحسب إمكانياتها، فلا يمكن اعتبار الغرامة التهديدية عقوبة، فهي وسيلة إكراه فقط تهدف لدفع الملتزم الممتنع إلى تنفيذ حكم قضائي، لذا فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي، مؤيدا موقف محكمة النقض الفرنسية وفي إطار تعليقه على قرار لها صادر بتاريخ 8 يناير 1964، إلى أن المصالحة لا تؤثر على الغرامة التهديدية على اعتبار أن هاته الأخيرة ليست عقوبة، فلا يمكن اعتبارها لا عقوبة إضافية ولا عقوبة تكميلية، وإنما هي وسيلة تنفيذ تهدف إلى إجبار المحكوم عليه على تنفيذ الحكم وبالتالي فهي لا تنقضي ولا تسقط بإبرام مصالحة ".

ويستند هذا الرأي على الطبيعة المدنية للغرامة التهديدية، لكن الإشكال قد يثار بشأن

بعض المقتضيات الخاصة التي تنص على الغرامة التهديدية والتي تضفي عليها طبيعة

خاصة، فبالرجوع إلى الغرامة التهديدية الواردة في الفصل 301 من مدونة الجمارك"، الذي

ينص على إمكانية فرض غرامات تهديدية على المخالفين الممتنعين عن تقديم الدفاتر

والسجلات والأوراق والوثائق التي يطلبها أعوان إدارة الجمارك بمناسبة قيامهم بمهامهم،

وذلك بمعزل عن العقوبات الأخرى. فهذه الغرامة ليست لها طبيعة مدنية، وإنما يطغى

(1) أدولف ريولط :

المسطرة المدينة في شروح «:

، تعريب إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات

القضائية، دار النشر المعرفة، الرباط، 1996، ص. 367.

(2) Mazard Jean (Note) :

Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 Fevrier 1964, Arret Andieu, recueil Dalloz,

Serey, Serey 1964, page 376

(3) ينص الفصل 301 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة على ما يأتي :

1- ما لم تكن هناك قوة قاهرة تعود

لأسباب طبيعية يتم تبريرها وبصرف النظر عن الغرامة المستحقة عملا بمقتضيات الفصل 293 أعلاه، يمكن إجبار كل

مخالف لمقتضيات الفصل 42 - 1 من هذه المدونة على تقديم الدفاتر أو السجلات المبوبة أو الأوراق أو الوثائق غير

المسلمة وإلا تعرض لغرامة تهديدية يبلغ مقدارها الأقصى 500 درهم عن كل يوم من التأخير. -2 تحسب مدة هذه الغرامة

التهديدية بعد مضي 48 ساعة على الإنذار المسلم من طرف الإدارة ولا تنتهي إلا في اليوم الذي يتأتى فيه للإدارة الحصول

على الوثائق المطلوبة تسليمها. -3 كل نزاع في استحقاق أو حساب الغرامة التهديدية يجب أن يرفع في ظرف عشرة

أيام إلى رئيس المحكمة المختصة المنعقدة في شكل محكمة للمستعجلات. -4 إن مقدار المبلغ الواجب برسم الغرامة

التهديدية يصفى كما هو الشأن في رسوم الجمرك ما عدا في حالة الطعن المنصوص عليه أعلاه».

عليها الطابع الإداري!، فهي «جزاء إداري» صادر عن إدارة الجمارك، يصفى كما هو الشأن في رسوم الجمرك ما عدا في حالة المنازعة حول استحقاق أو حساب هذه الغرامة وذلك أمام رئيس المحكمة المختصة المنعقدة في شكل محكمة المستعجلات.

فالغرامة التهديدية الواردة في المادة الجمركية هي (جزاء) وليست عقوبة، فهي ناتجة عن عدم انصياع المكلف للطلب المقدم إليه من طرف أعوان إدارة الجمارك بتقديم الدفاتر والسجلات والأوراق والوثائق، وهي (جزاء إداري) لأن الإدارة هي من يتولى تصفية مبلغها وفق نفس الإجراءات المتعلقة باستخلاص رسوم الجمرك، ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي بشأنها. وبالتالي يمكن القول أنها تسقط بالمصالحة ما باعتبارها جزاء إضافيا يسقط في حالة سقوط الجزاء الأصلي أو الجريمة الأصلية إذ أن التابع يتبع المتبوع في الحكم. كما يتماشى هذا الرأي مع الغرض من المصالحة والتي تهدف إلى حسم المنازعة وكافة آثارها، وهذا ما يجعلها تسقط بالمصالحة.

البند الثالث :

تأثير المصالحة على الجزاءات الإدارية والجزاءات السالبة للحقوق :

بالنسبة للجزاءات الإدارية، فقد خولت مجموعة من القوانين الجنائية الخاصة لبعض

الإدارات الحق في فرض جزاءات إدارية:

على المخالفين، حيث يمكن لمسؤول الإدارة

في هاته المجالات النطق بهاته الجزاءات دون اللجوء إلى القضاء، والسؤال المطروح هو

هل تؤثر المصالحة على هاته الجزاءات؟

تطرق الفصل 26 من القانون 12/10/1971 المتعلق بالزيادة غير المشروعة في الأثمان لهذه

(1) لمن أراد التوسع الرجوع إلى مقالنا:

- محمد الشلي، الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية في المادة الجمركية»، مجلة القصر، العدد 25، سنة 2010.

(2) المادة 22 من القانون 12/10/1971 المتعلق بتنظيم الأثمان ومراقبتها وقد أرجع اختصاص النطق بهاته الجزاءات إلى

عامل الإقليم.

- المادة 36 من ظهير 23/11/1973 المتعلق بالصيد البحري قد أرجع اختصاص إصدار هاته الجزاءات إلى رئيس القيادة

البحرية.

النقطة، حيث نص على:
«أن المقرر الصادر على المخالف بأداء المبالغ المقررة في

الفقرة 2 من الفصل 23 برسم غرامة إدارية تعتبر سندا للتنفيذ ما لم تبرم مصالحة بذلك طبق الشروط النصوص عليها في هذا القانون» مما يستفاد منه تأثير المصالحة على هاته الجزاءات، وهذا ما جرت عليه عادة باقي الإدارات الأخرى، وهو حل منطقي إذ « من المؤكد أن إبرام المصالحة لا يتلاءم والنطق بهاته الجزاءات» !.

أما بالنسبة للجزاءات السالبة للحقوق، فقد نص الفصل 53 من ظهير 23/11/1973 المتعلق بتنظيم الصيد البحري « ... ولا يمكن أن تشمل المصالحة بعد صدور الحكم إلا العقوبات المالية والتعويضات المدنية».

كما ينص الفصل 74 من ظهير 10/10/1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها والممتد العمل به حتى بالنسبة للقنص والصيد في الأنهار:
» ... وإذا صدر الحكم فإن الصلح لا

يقع إلا في قدر الذعائر والتعويضات المدنية ... ».

ويلاحظ أن هاته النصوص قد قصرت آثار المصالحة بعد الحكم على الجزاءات المالية والتعويضات المدنية فقط، ويؤدي بنا التفسير الضيق لهاته النصوص إلى القول بعدم جواز امتداد آثار المصالحة إلى الجزاءات السالبة للحقوق الممكن النطق بها في حق المخالف.

إلا أنه بالرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة (الفصل 273)، وظهير 30 غشت 1949 المتعلق بزجر مخالفات ضوابط الصرف (الفصل 11) يلاحظ أن المشرع المغربي قد سلك مسلكا آخر بخصوص الصياغة القانونية حيث ينص على أن المصالحة بعد الحكم النهائي «تبقي العقوبات البدنية جارية على مرتكب الجنحة رغم إبرام المصالحة ». وأخذا بمفهوم المخالفة فإن جميع الجزاءات الأخرى تسقط بإبرام المصالحة ومن بينها الجزاءات السالبة للحقوق.

Op.Cit.p.163 :

Causse (1)

البند الرابع:

تأثير المصالحة على التدابير الوقائية وخاصة المصادرة:

ينص الفصل 93 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على أن المصالحة الجنائية هي سبب من أسباب انقضاء التدابير الوقائية، إلا أن المشرع لم يحدد في أي من النصوص الجنائية الخاصة كيفية تطبيق ذلك مما جعل البعض يذهب إلا أن «هذه الفرضية، أي سقوط التدابير الوقائية بالمصالحة، خالية من كل تطبيق عملي»١، إلا أنه بالرجوع إلى مدونة الجمارك المغربية يلاحظ أنها تنص صراحة في الفصل 273 على تأثير المصالحة على بعض التدابير الوقائية".

غير أن الإشكال يثار بشأن تأثير المصالحة الجنائية على المصادرة، وذلك بالنظر إلى الخصوصيات التي تميز المصادرة في القوانين التي أجازت المصالحة؛
فهي «ليست

لها دائما نفس الطبيعة؛
فهي أحيانا عقوبة وأحيانا تدبيرا وقائيا وقد تكون مجرد تعويض

مدني»٥، وتعتبر المصادرة عقوبة إذا وردت على أشياء غير خطرة ومشروعة الحيازة بقصد نزع ملكية الجاني عنها، وتكون تدبيرا وقائيا إذا انصرفت إلى أشياء ممنوعة في حد ذاتها، وتعتبر المصادرة تعويضا إذا آلت حصيلتها إلى المضرور من الجريمة".

وهنا يظهر أن تأثير المصالحة على المصادرة يتباين ويختلف بحسب طبيعة الأشياء

المصادرة وشروط المصالحة:

(1) دليل القانون الجنائي «؛
منشورات وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، ص :
73.

(2) وهاته التدابير هي :

- منع الدخول إلى المكاتب والمخازن والساحات الخاضعة لحراسة الجمرك؛

- سحب رخصة قبول المعشر في الجمرك أو الإذن في الاستخلاص الجمركي ؛

- الحرمان من الاستفادة من الأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمارك ؛

- المنع من استخدام النظم المعلوماتية للإدارة ؛

- سحب رخصة استغلال مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي.

و يمكن أن تتخذ هذه التدابير على إثر ارتكاب جنح أو مخالفات للتشريع الجمركي أو مخالفات للحق العام بموجب قرار قضائي

أو إداري حسب الحالة طبقا للشروط المنصوص عليها في مدونة الجمارك.

(3) المكي السنتيسي :

تدابير الوقائية في التشريع الجنائي المغربي»، أطروحة دكتوراة في الحقوق، جامعة محمد ،

الرباط 1968 صفحة 111، مطبوع على الآلة الكاتبية.

(4) لمن أراد التوسع الرجوع إلى :

علي فاضل حسن :

نظرية المصادرة في القانون الجنائي المقارن»، عالم الكتب،

القاهرة، 1973.

* في الحالة التي يكون فيها للمصادرة طبيعة عقوبة أو طبيعة تعويض؟ :

- إذا تم إبرام

المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية فلا يجوز الحكم بالمصادرة لأن الدعوى العمومية

تكون قد انقضت، - وإذا تمت المصالحة بعد إثارة الدعوى العمومية وقبل صدور

حكم نهائي فإن المصادرة تسقط بسقوط الدعوى العمومية، - إذا أبرمت المصالحة

بعد صدور حكم نهائي فإن ذلك يؤدي إلى سقوط المصادرة وإرجاع السلع والبضائع

إلى أصحابها إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، إذ يمكن للإدارة أن تتصالح مع

المخالف وتشترط عليه في وثيقة الصلح تخليه عن الأشياء المصادرة لفائدة الإدارة، هذا

في حالة ا إذا كان للمصادرة طبيعة تعويض مدني، أما إذا كان للمصادرة طبيعة عقوبة

فإن المصالحة لا تشملها في المجالات التي حصرت آثار المصالحة بعد الحكم على

الجزاءات والتعويضات المدنية (الفصل 7 من القانون المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها،

والفصل 53 من القانون المتعلق بالصيد البحري).

· الحالة التي يكون فيها للمصادرة طبيعة تدبير وقائي عيني(هنا تكون المصادرة خاضعة

لمقتضيات الفصل 89 من مجموعة القانون الجنائي الذي أمر بالمصادر كتدبير وقائي

بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو استعمالها أو بيعها جريمة ولو

كانت تلك الأدوات والأشياء على ملكية الغير بل حتى ولو لم يصدر حكم بالإدانة».

فسواء تم إبرام المصالحة قبل إثارة الدعوى العمومية أو بعد إثارتها أو حتى بعد صدور

(1) يتطرق المشرع المغربي للمصادرة في الفصول من 42 إلى 46 من مجموعة القانون الجنائي. ولمن أراد التوسع في

موضوع المصادرة، يمكن الرجوع إلى :

- سعيد عبد الرحمان بنخضرة، أحكام المصادرة في القانون الجنائي المغربي، مكتبة الرشاد، السطات، المغرب، الطبعة

الأولى 2014.

(2) ويلاحظ من خلال الرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، أن الفصل 210 ينص على «أن مصادرة البضائع

المحظورة بأي وجه من الوجوه تكتسي على الأخص صبغة تدابير احتياطية، وتغلب على مصادرة الأشياء غير المحظورة

صبغة تعويض مدني»، فهي تدبير وقائي عيني إذا وقعت على أشياء محظورة، وهي جزاء مالي يغلب عليه صبغة تعويض

مدني إذا وقعت على أشياء غير محظورة.

كما ينص الفصل 23 من القانون 12/10/1971 على أنه «وفي حالة الادخار السري فإن العقوبات المقررة في الفقرتين 2و3

يمكن أن تشفع علاوة على ذلك بمصادرة المدخرات كلا أو بعضا «، فالمصادرة في هذه الحالة عقوبة تكميلية.

(3) مثلا :

الفصل 210 من المدونة الجمركية ينص :

أن مصادرة البضائع المحظورة بأي وجه من الوجوه تكتسي على

الأخص صبغة تدابير احتياطية ، الفصل 55 من ظهير 23/11/1973:

«تآمر السلطة التي تبرم المصالحة بمصادرة وبيع

الشباك وأجهزة وألات الصيد أو باتلافها إذا كانت شباك وأجهزة وسائل الصيد المذكور ممنوعة»

حكم في النازلة فإن ذلك لا يؤثر على المصادرة باعتبارها تدبيرا وقائيا عينيا وتظل الأشياء المحجوزة في ملكية الإدارة والتي غالبا ما تعمل على إتلافها وذلك نظرا لكون القانون يحظر الشيء محل هذه المصادرة إما في حد ذاته سواء بصفة مطلقة أو بصفة نسبية، وإما لكونه استعمل في ارتكاب الجريمة.

خاتمة:

يتبين من خلال ما سبق أن المصالحة الجنائية تتعلق بمجالات مختلفة ومتعددة تمس النظام العام في بعده الاقتصادي والبيئي والمالي ... ، غير أنها لم تحض باهتمام كبير من المشرع، بل ظلت قابعة في صلب تشريعات جنائية خاصة، مما جعلها عرضة للكثير من الانتقادات، خصوصا تعارضها مع مجموعة من المبادئ الراسخة في القانون الجنائي، لكن النظرة المقاصدية تحتم القول بأن الأمر لا يتعلق بإهدار المبادئ العامة للزجر، بقدر ما يعتبر تقييدا لها أو استثناء قرره المشرع بشأنها، ويهدف من ورائه إلى تطبيق نفس غايات ومقاصد هذه المبادئ العامة بغير الطريق القضائي العادي، بمعنى إحلال العدالة التصالحية محل العدالة القضائية. كما أن جل الانتقادات التي تعرضت لها المصالحة الجنائية لا تنصب على المؤسسة في حد ذاتها، أو على مبدأ التصالح في حد ذاته، وإنما على الممارسة الإدارية التصالحية.

ومن أجل تفادي هذه الانتقادات وإيجاد التوازن المنشود بين المزايا التي تتحقق باللجوء إلى مؤسسة المصالحة الجنائية وبين الحفاظ على حقوق الأفراد والضمانات التي تخولها لهم المسطرة القضائية، يستحسن تدخل المشرع لتنظيم ما يمكن تسميته بالقانون الجزائي الإداري، ما دام أن المصالحة الجنائية تنتمي إلى هذه الفرع من القانون باعتبارها تجليا من تجليات سلطة الزجر التي خولها المشرع للإدارة، وكذا إقرار الرقابة القضائية على

هذه المسطرة، ويمكن عن طريق هذا المقترح إيجاد نوع من التكامل بين العدالة الجزائية التصالحية والعدالة الجنائية القضائية، بحيث لا تستبعد إحداهما الأخرى، ويتم توزيع الأدوار بينهما لخدمة أهداف الزجر، ولتفادي السلبيات الناتجة عن تكدس الملفات والتضخم التشريعي، وكذا لتحصيل مستحقات الدولة عن طريق التوافق والتراضي.

الطرق البديلة للدعوى العمومية على ضوء .V
متغيرات السياسة الجنائية

من إعداد :
أمال لكرد
دكتورة في القانون الخاص
باحثة في الشؤون القانونية والحقوقية

ما من شك أن العدالة أمر مطلوب من قبل الجميع، ونظرا لأهميته وحيويته فقد عملت الدول منذ القدم على الاهتمام بأمر تنظيمه إن على مستوى القواعد المؤسسة لنظام العدالة أو على مستوى الأجهزة التي تقوم بمهام تصريف تلك العدالة بين مختلف المتنازعين. وإذا كانت الدول قد حاولت التأقلم مع المتغيرات الاجتماعية وما طرأ على مستوى الأفكار والمبادئ التي تؤطر علاقات الأفراد في المجتمع، فإن محاولاتها هاته أثمرت تغيرا نوعيا على مستوى تدبير العدالة مفهوما ومرفقا وسلطة.

فعلى مستوى المفهوم تم الانتقال من مفهوم العدالة الخاصة إلى مفهوم العدالة العامة التي تركز على ضرورة مراعاة مجموعة من القيم والنظم التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، والتي حدت من سلطة الفرد اتجاه الباقي لفائدة الدولة؛

أما على مستوى كل من المرفق والسلطة فقد تأرجحت تجارب الدول، بحسب تطور الفكر القانوني لديها، بين تلك التي لا تزال تتعامل مع القضاء باعتباره مرفقا من مرافق الدولة، ونظيرتها التي ارتقت بالقضاء إلى مستوى السلطة الثالثة إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ومهما يكن من دور للدولة في تنظيم شؤون العدالة، فإن كثرة المشاكل وتنوعها وتعقدها، جعل من مهمة تصريف العدالة مهمة مضنية وشاقة نظرا لقلة الموارد البشرية الكفيلة

بمواكبة تطورات المنازعات ولانحرافات المجتمعية من جهة. ومن جهة، أخرى لما لهذا

التطور من تأثير على الموارد المالية للدولة التي تبقى مهما يكن قاصرة عن الاستجابة للمتطلبات الاجتماعية المعيشية الآنية والمستقبلية وفي نفس الوقت مستجيبة للتطورات المتلاحقة للانحرافات السلوكية للفاعلين سواء أكانوا أفرادا أم مؤسسات، الشيء الذي أدى إلى إعادة النظر في احتكار الدولة لمهمة تنظيم العدالة وتصريفها بين مختلف الغرماء، مما أتاح الفرصة إلى القبول بظهور الفاعلين الخواص في مجال العدالة.

إن الحديث عن دور جديد للفاعلين الخواص في مجال العدالة، كان وسيبقى محط نقاش قانوني حول قدرة الجهات غير الرسمية في إقامة نوع من التوازن بين حقوق الأفراد وواجباتهم، ولذلك فإن المساطر البديلة لحل المنازعات وإن أثبتت أهميتها على العديد من الأصعدة، فإن تجارب الدول كلها تصب في خانة الإجماع على أن مثل هذه المساطر من شأنها أن تخفف العبء الذي تتحمله المؤسسات القضائية سواء من جراء قلة الموارد البشرية وما تتطلبه من مستلزمات، أو ندرة الموارد المالية والاقتصادية وما يترتب عنه من صعوبات ومعيقات تحول دون تصريف شؤون وقضايا أهم من بعض أنواع المنازعات التي تبقى مهما كان قيمتها منحصرة في إطار المصالح الخاصة للأفراد.

ولعل تبني المساطر البديلة لحل المنازعات في المجال التجاري يبقى أهم نموذج يمكن إيراده في سياق هذا الحديث؛

لكن بالرغم من القبول بالوسائل البديلة لحل المنازعات في

مجال المنازعات الخاصة، فإن تزايد الاهتمام بإدراج طرق جديدة بديلة لسلوك المساطر القضائية في مجالات متعلقة بالنظام العام أصبح واضحا من خلال التوجهات الحديثة للسياسات التشريعية التي أخذت الدول في نهجها، خاصة في المجال الجنائي بما يحمله هذا الأخير من دلالات قوية لحضور الدولة والمجتمع في حماية القيم الاجتماعية.

إن الحديث عن الطرق البدلية للدعوى العمومية ليس بالأمر الهين، بل هو مجازفة خطيرة،

ذلك أن الدعوى العمومية كما هي مرسومة في الضمير الجمعي للأفراد، إنما تختزل فكرة تكاثف المجتمع برمته من أجل الاقتصاص من الجاني الذي سولت له نفسه الاعتداء على القيم الاجتماعية المتعارف عليها، وبالتالي فإن القول بإمكانية إيجاد طرق بديلة للدعوى العمومية وبالتالي طرقا بديلة للاقتصاص من الجناة سيبقى محط نقاش قانوني،

سواء على مستوى ماهية هذه الطرق ونطاقها، أو على مستوى قدرتها على تحقيق الردع المنشود من وجود منظومة جنائية بقواعدها ومؤسساتها.

وبناء على كل ما ذكر، فإن الحديث عن الطرق البديلة للدعوى العمومية لا يمكن أن ينفك عن الحديث عن أمرين اثنين لابد منهما؛

أولهما تغير الرؤية المجتمعية للغاية من إقامة الدعوى العمومية، وثانيهما مدى الاهتمام الذي تتبناه السياسة الجنائية من أجل التجاوب مع ما تحمله الرؤية المجتمعية الجديدة. وعلى ذلك يكمن التساؤل حول قدرة المشرع على الاستجابة للمتغيرات المجتمعية بخصوص تمثل الغرض من الدعوى العمومية وانعكاس ذلك على مستوى السياسة الجنائية بما يسهل إدماج بعض الصيغ المبتكرة للطرق البديلة للدعوى العمومية؟

صحيح أن البحث في مثل هذا الإشكال يطرح العديد من التحديات الناتجة عن تعدد المشارب والفلسفات التي يتبناها المشرعون الوطنيون لمختلف الدول؛

لكن اقتصارنا على التجربة المغربية في مجال تبني طرق بديلة للدعوى العمومية يمكن أن يفي بالغرض، للوقوف على مدى استجابة المشرع المغربي للمتغيرات المجتمعية ومدى قبول الضمير الجمعي المغربي لفكرة التخلي عن الردع التقليدي المرتبط بالحد من حرية الأشخاص حبسا أو سجنا، وتقبله بحلول بديلة، لاقتضاء الحق الخاص، تغني عن طول الإجراءات والمساطر القضائية وتعقيداتها. وانطلاقا من هذا المعطى يجوز لنا التساؤل حول المدى الذي بلغه المشرع المغربي في تبني الطرق البديلة للدعوى العمومية في

صلب قانون المسطرة الجنائية وما يتعلق بها من قواعد إجرائية زجرية أخرى، وإلى أي حد يمكن القول بأن إدراج بعض صور هذه الطرق يشكل أساسا لقيام سياسة جنائية مرتكزة على أسس تصالحية؟

للتفصيل في هذا الموضوع، فإننا نقترح تقسيمه لجزئين، نتناول في بادئ الأمر واقع الطرق البديلة للدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية (المبحث الأول) من خلال الوقوف على الدوافع التي أدت بالمشرع المغربي إلى تبني هذه الطرق وتمييز هذه الأخيرة

عن باقي المؤسسات القانونية المشابهة لها، بينما سنخصص الجزء الثاني للبحث في المستجدات التي يعتزم المشرع المغربي إدراجها في مشروع قانون المسطرة الجنائية قيد النقاش لإبراز المستوى الذي استجاب فيه المشرع للتغيرات التي طرأت على الضمير الجمعي في نظرته لسياسة الردع عموما وفي بعض الجرائم على وجه الخصوص (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

إن الحديث عن بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية المغربي لا يجب أن يبقى بمنأى عن الظروف والملابسات التي أدت إلى إدخال التعديلات اللازمة لذلك مع تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عما يشتبه به من المفاهيم لتتضح الصورة (المطلب الأول)، على أن يكون ذلك مقدمة للوقوف على الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية:

أسس ومفهوم

تجدر الإشارة في البدء أن الحديث عن بدائل الدعوى العمومية لا ينفك أن ينفصل عن

الدوافع التي حذت بالمشرع المغربي إلى تبني بعضا من صور هذه البدائل في التشريع المغربي (الفقرة الأولى)، على أن نقف على مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» من خلال تمييزه عن بعض المؤسسات المشابهة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

دوافع تبني بدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

باعتبار المغرب عضوا فاعلا في المنتظم الدولي، فقد عمل، منذ منتصف التسعينات من القرن الماضي، على تحديث ترسانته التشريعية بما يتلاءم مع ما تقتضيه تلك العضوية وما يجسد التزامه بما تقضي به الاتفاقيات الدولية [1]. وفي هذا السياق تأتي التعديلات

التي طرأت على قانون المسطرة الجنائية المغربي، ذلك أن المقتضيات القانونية التي كانت سارية النفاذة قبل قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002 لم تكن تولي الأهمية البالغة للعدالة التصالحية في المجال الجنائي، بل كانت على العكس من ذلك تخصص مكانة مرموقة للمقاربة الأمنية ولعدالة المجتمع في مواجهة الفرد، الشيء الذي كان يتعذر معه تصور إمكانية اللجوء إلى بعض الإجراءات الرامية إلى رأب الصدع بين مقترفي الجرائم وضحاياهم".

(1) جاء في تصدير الدستور المغربي لسنة 2011 ما يلي:

« .. وإدراكا منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية،

فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في هذه المنظمات، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها، من مبادئ وحقوق وواجبات،

وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا .. («

(2) يتعلق الأمر هنا بكل من قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 وما لحقه من تعديلات بموجب قانون الإجراءات الانتقالية

الجنائية لسنة 1974.

(3) كشف المشرع في ديباجة قانون المسطرة الجنائية عن الدوافع التي أسست لإخراج قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002،

ومن بين ما تم إدراجه في الديباجة المذكورة ما يلي:

« .. فقد كان هاجس توفير ظروف المحاكمة العادلة وفقا للنمط المتعارف

عليه عالميا واحترام حقوق الأفراد وصون حرياتهم من جهة، والحفاظ على المصلحة العامة والنظام العام من جهة أخرى،

عناصر أساسية شكلت نقطة مركزية أثناء إعادة النظر في قانون المسطرة الجنائية الصادر سنة 1959، والظهير الشريف

المتعلق بالإجراءات الانتقالية الجنائية الصادر سنة 1974 لجعلهما يواكبان ترسيخ بناء دولة الحق والقانون مع تلافي كل

السلبيات التي أفرزتها تجربة الأربعين سنة الأخيرة من الممارسة باستحضار تعاليم الدين الإسلامي الحنيف وقيم المجتمع

المغربي مع الحفاظ على الأسس المستقرة في التراث القضائي ودعم المكتسبات التي حققها التشريع الوطني في مجال حقوق

الإنسان بمقتضى التعديلات التي أدخلت على قانون المسطرة الجنائية خلال التسعينات سواء فيما يتعلق بمدة

الحراسة النظرية

أو توفير حق الدفاع للمتهمين أو إشعار عائلات المعتقلين بوضعهم تحت الحراسة النظرية، أو حقهم فى أن يعرضوا على طبيب

لمعاينتهم بطلب منهم أو إذا عاين القاضي ما يبرر ذلك ودعم هذه المكتسبات على نحو يتماشى مع المفهوم الكونى لحقوق

الإنسان فى الوقت الراهن.»

غير أن الالتزامات الدولية للمغرب اتجاه المنتظم الدولي جعله يتبنى العديد من المقاربات

المعتمدة بموجب الاتفاقيات الدولية والعهود والمواثيق التي صادقت عليها منظمة الأمم

المتحدة، وعلى رأسها «إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن

الحادي والعشرين» وهو الإعلان الذي تبنى المشرع المغربي العديد من مضامينه،

وعلى رأسها سلوك نهج المقاربة التصالحية، كبديل للدعوى العمومية، في صلب القوانين

الإجرائية الجنائية، وقد عبر عن ذلك المشرع المغربي نفسه في ديباجة قانون المسطرة

الجنائية مبررا ذلك بأن إعادة الاعتبار للضحايا أثناء المعالجة الجنائية لظاهرة الجريمة

يعتبر مدخلا مهما من مداخل الاطمئنان للعدالة الجنائية برمتها؟.

وقد كان للحلول البديلة للدعوى العمومية نصيب أوفر في إعلان فيينا المذكور، إذ جاء

في الالتزامين السادس والعشرين (26) والسابع والعشرين (27) ما يشجع الدول الأعضاء

على تبني مقاربات متنوعة من أجل إقرار وإرساء قواعد عدالة تصالحية وفق خطط ورؤى

مندمجة تروم الحد من ظاهرة الجريمة من جهة والحفاظ على مراكز الضحايا وفاعليهم

أثناء مباشرة إجراءات البحث من جهة، والتقليل من عبء التضخم الذي تعاني منه

(1) صدر إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع

الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في فينا من 10 إلى 17 أبريل .2000 وهو إعلان يتضمن ما وافقت عليه الدول الأعضاء

من مقاربات واستراتيجيات من شأنها الحد من تفشي الجريمة عبر العالم وكذا الإمكانيات الممكنة التي من شأنها الحد من

تضخم القضايا أمام الأجهزة المكلفة بإنفاذ القانون وعلى رأسها القضاء الجنائى.

(2) فى هذا السياق أورد المشرع أنه من بين المستجدات التى جاء بها قانون المسطرة الجنائية ما يلى:
»)

1

3 - الصلح بين الخصوم:

أصبح التشريع الجنائي الدولي الحديث يولي اهتماما كبيرا لضحايا الجرائم الذين تم تجاهلهم وإقصاؤهم في وقت تنامى فيه

الاهتمام بالجناة. ولذلك فإن من أسباب الاطمئنان إلى العدالة الجنائية تمكن الضحايا من الوصول إلى حقوقهم عبر تسوية

حبية دون اللجوء إلى حكم قضائي، علما أن من أسباب استقرار الأمن واستتباب الطمأنينة بالمجتمع تحقيق تصالح بين طرفى

الخصومة المباشرين. وهو ما يؤدي إلى رأب الصدع وجبر الضرر والقضاء على الفتن والاضطرابات والحد من النزعات

الانتقامية لدى الضحايا. وهذا التدبير أحدث حلا وسطا بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة إذ سيمكن من

تجنب متابعة المتهم وفي نفس الوقت يقدم حلا للضحية بالحفاظ على حقوقه ويصون حقوق المجتمع .. ((

المحاكم الجنائية من جهة أخرى !. وعلى ذلك فقد كانت سنة 2002 أفقا زمنيا حدده

الإعلان المذكور لتبني الخطوات اللازمة لإرساء مفاهيم العدالة التصالحية في صلب

القوانين الإجرائية الجنائية، الشيء الذي جعل المغرب يعمل جاهدا على احترام الأفق

الزمني المذكور وقد برز ذلك من خلال صدور قانون المسطرة الجنائية سنة 20022.

وإذا كانت الالتزامات الدولية حاضرة في تبني المقاربة التصالحية كبديل للدعوى

العمومية في صلب قانون المسطرة الجنائية، فإن تغير الوعي الجمعي للمجتمع المغربي

وقابليته لدور فاعل للضحايا في مسار الإجراءات الجنائية، سهل على المشرع المغربي

إمكانية وضع بعض نماذج المساطر التصالحية كآليات تحد من الإفراط في اللجوء إلى

القضاء، وكذا تساعد في الوصول إلى الحقوق في زمن معقول.

وللوقوف على الملامح الكبرى لتوجه المشرع المغربي في مجال بدائل الدعوى العمومية

في قانون المسطرة الجنائية، فإن الحاجة تبقى ملحة لتمييز مفهوم «بدائل الدعوى

العمومية» عما يشتبه به من باقي المؤسسات المشابهة (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية:

تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن غيره من المفاهيم

المشابهة

إن مفهوم بدائل الدعوى في الاصطلاح القانوني يعني الإجراءات التي يمكن أن يسلكها

الخصوم المتنازعون من أجل حل خلافاتهم بعيدا عن ساحة المحاكم وإجراءات التقاضي

(1) جاء في البندين 26 و27 من إعلان فيينا الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الواحد والعشرين ما يلي:

.26 نقرر أن نستحدث، عند الاقتضاء، خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم الجريمة، كآليات الوساطة والعدالة التصالحية،

ونقرر أن يكون عام 2002 هو الموعد المستهدف لكي تراجع فيه الدول ممارستها في هذا الشأن، وتواصل تطوير خدمات دعم

الضحايا وتنظيم حملات توعية بحقوق الضحايا، وتنظر في إنشاء صناديق لصالح الضحايا، إضافة إلى وضع وتنفيذ سياسات

لحماية الشهود.

.27 تشجع على صوغ سياسات وإجراءات وبرامج للعدالة التصالحية تحترم حقوق الإنسان واحتياجات ومصالح الضحايا والجناة

والمجتمعات المحلية وسائر الأطراف الأخرى.»

(2) صدر قانون رقم 22.01 يتعلق بالمسطرة الجنائية في الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30

يناير 2003).

المعقدة. وفي التوظيف الجنائي للمفهوم المذكور فإننا نرى بأن «بدائل الدعوى العمومية»

تعني مجموع المساطر والحلول التي سنها المشرع من أجل تفادي إثارة الدعوى العمومية

وعرض مقترف الجريمة على الهيئات القضائية الزجرية !. وبناء على هذا التحديد لمفهوم

بدائل الدعوى العمومية لا يمكن أن تتصورها إلا خلال مرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية

ورفعها أمام القضاء الزجري، أما المساطر والحلول الإجرائية التي يسنها المشرع لتفادي

مواصلة النظر في الدعوى العمومية فتخرج - حسب التحديد المذكور - عن مفهوم

بدائل الدعوى العمومية، ذلك أن إثارة هذه الأخيرة يفقد النيابة العامة إمكانية التنازل عنها

لأنها ملك للمجتمع لا للنيابة العامة التي تتولى الترافع عن المجتمع من أجل الاقتصاص

من الجاني، وما دام أن صاحب الحق الأصيل - المجتمع- لم يفوض النيابة العامة

للتنازل عن الحق العام فإنها تبقى غير محقة في التنازل عن الدعوى العمومية، ولما أعطى

المشرع للنيابة العامة الاختصاص الحصري لممارسة الدعوى العمومية؛
فإن التنازل عنها لا

يمكن تصوره إلا في الأحوال التي يقرر فيها القانون ذلك، والتي ليس من ضمنها تنازل

النيابة العامة. ولذلك فإن بديل الدعوى العمومية يختلف عن مؤسسات أخرى مشابهة.

(1) في هذا السياق ذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 1197/8 الصادر بتاريخ 16 شتنبر 2009 في الملف رقم

11360/2009 والذي جاء فيه:

«ومن جهة أخرى فإنه فضلا على أن الطاعن مدان في هذه النازلة من أجل جريمتي حيازة

واستهلاك المخدرات واللتين بحكم طبيعتهما لا تخضعان لمقتضيات المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية وهو ما تبقى معه هذه

المقتضيات غير مجدية ولا تطبق في مثل هذه الدعوى فإنه وطبقا لأحكام المادة المذكورة فالطاعن عندما توبع من أجل جنحة

الضرب والجرح بناء على شكايتين فإنه لا يتبين من وثائق الملف أن المشتكي وقبل إقامة الدعوى طلب من السيد وكيل الملك

تضمين الصلح الواقع بينه وبين العارض مما لا يعاب على المحكمة عدم اعتبارها لذلك خاصة وأن الأمر يرجع النظر فيه وطبقا

للمادة المحتج بها إلى اختصاص غرفة المشورة، الأمر الذي كان معه القرار المطعون فيه معللا ومؤسسا والوسيلتان على غير

أساس من جهة، وخلاف الواقع من جهة أخرى)» وبذلك تكون محكمة النقض قد اشترطت لجعل الصلح بديلا للدعوى العمومية

أن يطلب من وكيل الملك اعتباره قبل إثارة الدعوى العمومية.

(2) لقد أسس المشرع هذا الاختصاص الحصري للنيابة العامة بموجب الفقرة الثانية من المادة 3 من قانون المسطرة الجنائية

التي جاء فيها:

» يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانونا ... «

إذ أعطى الحق في إقامة الدعوى العمومية لكل من النيابة العامة والموظفون المكلفون بذلك والمتضرر، غير أن ممارستها لم

يسنده المشرع إلا لقضاة النيابة العامة وحدهم وبصورة حصرية.

أولا:

تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «إيقاف سير إجراءات الدعوى

العمومية».

ذلك أنه وكما هو معلوم فإن المشرع أعطى للمحكمة الزجرية المعروضة عليها الدعوى العمومية إمكانية التصريح بوقف إجراءات الدعوى العمومية إذا تنازل المتضرر لصالح المتهم متى تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية كما تقضي بذلك مقتضيات المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية١، ويبقى هذا الوقف مجرد إمكانية فقط لا رقابة على المحكمة بخصوصه من قبل محكمة النقض لأن قرار إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية يتصل بمسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها". وما يستدل به عن الاختلاف القائم بين مفهوم «بديل الدعوى العمومية» ومفهوم «إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية» هو الفقرة الثانية من المادة المذكورة والتي تنص على إمكانية مواصلة النظر في الدعوى العمومية بناء على ملتمس من النيابة العامة إذا ما ظهرت أدلة جديدة ولم يمر أمد التقادم؛
الشيء الذي يستفاد معه

أن الدعوى العمومية لا تزال حية ولم يتخلص أطراف الخصومة الجنائية من آثارها بصورة كلية كما هو الحال بالنسبة لسلوك بديل من بدائل الدعوى العمومية.

(1) تنص المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:
«إذا كان الأمر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجنح

المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون، فإنه يمكن للمحكمة المعروضة عليها القضية بناء على ملتمس تقدمه النيابة

العامة في حالة تنازل الطرف المتضرر من الفعل الجرمي عن شكايته، أن توقف سير إجراءات الدعوى العمومية، ما لم تكن

قد بتت فيها بحكم نهائي.

يمكن مواصلة النظر في الدعوى العمومية بطلب من النيابة العامة، إذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية، ما لم

تكن قد سقطت بالتقادم أو بسبب آخر.»

(2) مما جاء في تبرير إدراج مسطرة إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية ما أورده المشرع

في ديباجة القانون المذكور التي أوضحت أن:

« بعض النزاعات التي تقع بين الأفراد وترفع إلى المحاكم، يكون من شأن

استمرار عرضها على القضاء التأثير على الروابط والعلاقات الإنسانية القائمة بين طرفي النزاع خاصة حين لا يكون الضرر

الاجتماعي ذا أهمية بالغة.

ورغبة في الحفاظ على هذه الروابط التي يؤدي الحكم فيها إلى أضرار لا تتحقق معها المصلحة العامة، فقد أحدث هذا القانون

آلية جديدة نصت عليها المادة 372 يمكن بمقتضاها للمحكمة في بعض الجرائم، إذا تنازل الطرف المتضرر أثناء سريان

الدعوى، أن تأمر بإيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية وذلك بناء على ملتمس تقدمه النيابة العامة، مع إمكانية مواصلة النظر

في الدعوى بطلب من النيابة العامة كلما طرأت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن قد انقضت بأحد أسباب

السقوط كالتقادم وغيره.

وتتوخى هذه الإمكانية الحفاظ على الروابط الاجتماعية وإذكاء فضائل التعايش والتسامح.)» ما يفهم منه أن العلة الأكثر اعتبارا

في إطار تنظيم مسطرة إيقاف إجراءات الدعوى العمومية هي علة الروابط الاجتماعية، مما يتيح كل الفرص للمحكمة المعروضة

عليها الدعوى العمومية من أجل النظر في مدى إمكانية الاستجابة لملتمس النيابة العامة إيقاف سير الدعوى العمومية.

ثانيا:

تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «سقوط الدعوى العمومية».

ويكمن الاختلاف بين المفهومين على هذا المستوى في أن سقوط الدعوى العمومية لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي تكون فيها الدعوى العمومية مثارة، اما في الحالة التي لم تثر فيها الدعوى العمومية بعد فلا يمكن الحديث عن سقوط الدعوى العمومية، لأنه لا يمكن تصور سقوط شيء وانقضاؤه وهو غير موجود أصلا. وقد نص المشرع على أسباب سقوط الدعوى العمومية في المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية التي جاء فيها أنه « تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به.

وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.». وفى هذا السياق، وتفاديا لأي خلط، يجب التمييز بين الحالة التي تتحقق فيها إحدى صور السقوط، كما أشارت إليها المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية، قبل إثارة الدعوى العمومية وبعد إثارتها!، إذ في الحالة التي تتحقق فيها إحدى الصور المذكورة قبل إثارة الدعوى العمومية فإن القرار الذي ترتبه النيابة العامة على ذلك هو الحفظ، أي عدم إمكانية إثارة الدعوى العمومية من الأصل، وهنا يجب الانتباه إلى أنه في هذه الحالة لا تكون أية إمكانية للحديث عن الدعوى العمومية أصلا. بينما في الحالة التي تتحقق فيها إحدى صور السقوط المشار إليها أعلاه بعد إثارة الدعوى العمومية، فإن القرار يرجع للمحكمة الزجرية التي عرضت عليها الدعوى العمومية، إذ تبقى هي المختصة في التصريح بسقوط الدعوى العمومية دون غيرها، وكما هو معلوم فإنه لا يمكن تصور هاته الإمكانية إلا في الحالة التي تكون فيها الدعوى العمومية مثارة.

(1) وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض أن التنازل الواقع من الإدارة المشتكية قبل صدور حكم نهائى مسقط للدعوى، وقد جاء

فى القرار عدد 1029/1 المؤرخ في 07 ماي 2003 الصادر فى الملف الجنحى رقم 20927/2002 ما يلي:

(«وحيث إن شركة

التبغ تنازلت عن مطالبها في مواجهة المطلوب في النقض على إثر المصالحة الواقعة بين الطريفين ... وأن هذا التنازل جاء قبل

صدور حكم نهائى فى القضية مما يترتب على هذا التنازل أثرا مسقطا للدعوى العمومية المقامة استنادا إلى مفهوم الفقرة الثانية من

الفصل 89 من ظهير 12 نونبر 1932 المنقول أعلاه. الأمر الذي يعتبر معه ما قضى به القرار المطعون فيه مخالفا لمقتضيات

هذا الفصل مما يعرضه للنقض والإبطال)» إذ يتضح من هذا القرار أن محكمة النقض أوضحت أن الشكاية عندما تكون شرطا

للمتابعة فإنه ما لم يتم التنازل عنها فإن الدعوى العمومية تكون قائمة، ولكن بمجرد التنازل عن الشكاية المذكورة يترتب عنه

سقوط تلك الدعوى، الشيء الذي يكون معه الصلح في مثل هاته الحالة مسقطا للدعوى العمومية التي تكون قائمة وليس بديلا لها

كما هو الحال بالنسبة للصلح المنصوص على أحكامه الإجرائية في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

ثالثا:

تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن مفهوم «بدائل العقوبات السالبة للحرية».

ويتمثل هذا التمييز في كون بدائل الدعوى العمومية مرتبطة بمرحلة ما قبل إثارة الدعوى العمومية، بينما بدائل العقوبات السالبة للحرية فلا يمكن تصورها إلا بعد إثارة الدعوى العمومية ونظر المحكمة الزجرية فيها وثبوت الفعل المتابع من أجله المتهم وتقدير المحكمة للعقوبة المناسبة لذلك، وعندها يمكن الحديث عن الخيارات التي يمكن اعتمادها لاستبدال العقوبات السالبة للحرية ببدائل أخرى. ولذلك فلا يجب الخلط بين بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبات السالبة للحرية.

إن الحديث عن تمييز مفهوم «بدائل الدعوى العمومية» عن باقي المفاهيم المشتبه بها ليس بالترف الفكري، وإنما كان تمهيدا من أجل الاقتصار على أحكام البدائل دون غيرها، كما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية في قانون المسطرة الجنائية

تعتبر المقتضيات الواردة في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية والمتعلقة بالصلح بمثابة حجر الزاوية في تنظيم بدائل الدعوى العمومية الشيء الذي يتعين معه الوقوف على أهم المقتضيات القانونية التي تبناها المشرع من أجل أجرأة هذا الخيار (المطلب الأول)، غير أن هذا الأخير لم يكتف بما ورد في المادة 41 فقط، بل عمد إلى تبني خيار

آخر وهو المتعلق بالسند التنفيذي الذي تولى تنظيم أحكامه في المادة 275 وما يليها من قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني). وعلى ذلك فإن الإحاطة بالأحكام المتعلقة بهذه البدائل تقتضي الوقوف على أحكام كل خيار على حدة وفق التالي.

القفرة الأولى :

مسطرة الصلح الجنائي كبديل للدعوى العمومية:

نظم المشرع مسطرة الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية في المادة 41، وقد وضع لها أحكاما يمكن إجمالها في الآتي:

أولا:

الجرائم التي يمكن أن تكون موضوع صلح:

حدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 41 طبيعة الجرائم التي يمكن أن تكون محل مسطرة الصلح؛

وفي هذا السياق فقد تم حصر الجرائم المذكورة في تلك التي قرر فيها المشرع عقوبة لا تتجاوز سنتين أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5.000.00 درهم، الشيء الذي يجعل من الجرائم التأديبية وحدها قابلة لأن تكون موضوع تصالح يتفادى من خلاله كل من الأطراف والنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية.

وإذا كان معيار العقوبة واضحا كأساس في تحديد الجرائم التي يمكن التصالح بشأنها، فإن المشرع قد يدخل في القانون الجنائي بعض الجرائم في خانة الجنح الضبطية، غير أنه لا يورد لها إلا عقوبة حبسية، إذ هنا يطرح التساؤل حول الأساس الذي يمكن اعتماده من أجل التصالح، وخاصة أن هذا الأخير ينبني على اقتراح مبلغ للغرامة يلزم المشتكى به أو المشتبه به بأدائه في حالة موافقته على الصلح. ولعل جرائم الفساد والخيانة الزوجية أكبر دليل على الجنح الضبطية التي أفرد لها المشرع عقوبة حبسية من غير أن يقرنها بمبلغ للغرامة المالية، الشيء الذي يثور معه التساؤل حول مدى إمكانية المصالحة في مثل هاته الحالات.

(1) هناك العديد من الجنح التي أفرد لها المشرع العقوبة الحبسية فقط دون أية غرامة مالية، ويمكن أن تندرج في الجرائم

المشار إليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، ومن بين تلك الأمثلة نجد الفصل 490 من القانون الجنائي بالنسبة

لجنحة الفساد، الفصل 491 من القانون الجنائي بالنسبة لجنحة الخيانة الزوجية.

إن الإشكال المثار يجد حله، من وجهة نظرنا، في الفقرة الأخيرة من الفصل 150 من القانون الجنائي التي وضعت معيارا محددا يمكن من خلاله تحويل العقوبة الحبسية إلى غرامة مالية وبالتالي إمكانية التصالح بشأنها، وهكذا فقد نصت الفقرة المذكورة على أنه:

«في حالة الحكم بالغرامة عوضا عن الحبس إذا كانت العقوبة المقررة في القانون هي الحبس وحده، فإن الحد الأقصى لهذه الغرامة يمكن أن يصل إلى خمسة آلاف درهم».

فمن خلال المقتضيات المذكورة يظهر أن المشرع مكن المحكمة من استبدال العقوبة الحبسية إلى عقوبة مالية لا تتجاوز قيمتها 5000.00 درهم وهي القيمة التي يفترضها المشرع في الجنح التي يمكن التصالح بشأنها. وإذا عدنا لمقتضيات الفصل 490 من القانون الجنائي على سبيل المثال سنجد أن المشرع لما عاقب على جريمة الفساد فإنه أفرد لها عقوبة حبسية من غير ذكر أي غرامة مالية، الأمر الذي يمكن حسب مقتضيات الفصل 150 من القانون الجنائي أن تستبدل العقوبة الحبسية بالغرامة المالية، وبالتالي تصبح مثل هذه الجرائم موضوع مصالحة وفق مقتضيات المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، ولعل هذا التوجه هو ما قصده المشرع عندما ذكر الجرائم المقصودة بالتصالح وحددها في الجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين.

ثانيا:

الجهات التي يمكن لها إبرام الصلح:

حدد المشرع في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية حالتين يمكن أن يبرم من خلالهما الصلح باعتباره بديلا للدعوى العمومية؛

الحالة الأولى، وهي التي تتعلق بجنح يظهر فيها متضرر؛

ففي هذه الحالة، حسب

مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 41، يمكن للمتضرر أن يطلب من المشتبه فيه إبرام

صلح بشأن الجرم المقترف، وفي حالة موافقة هذا الأخير يطلب المتضرر من وكيل الملك تدوين الصلح المتفق عليه في محضر، وفي حالة موافقة هذا الأخير على ذلك يتولى تحرير محضر يشهد فيه بوقوع اتفاق على الصلح بين المتضرر والمشتكى به، غير أن الاتفاق المذكور يبقى مشروطا بموافقة وكيل الملك وهو ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 41 التي تنص على أنه:

« في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح، يحرر وكيل الملك محضرا بحضورهما وحضور دفاعهما، ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان.»

الحالة الثانية؛

وهي الحالة التي لا يظهر فيها أي متضرر من الجريمة المقترفة، ففي هذه الحالة فإن وكيل الملك هو الذي يمكنه أن يبادر إلى إجراء الصلح مع المشتبه فيه، وهو الأمر الذي يستفاد من الفقرة السادسة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

ثالثا:

وقت إبرام الصلح:

حدد المشرع صورتين للوقت الذي يمكن أن يبرم فيه الصلح كبديل للدعوى العمومية؛

الصورة الأولى؛

هي التي يحضر فيها كل من المتضرر والمشتكى به أمام وكيل الملك أثناء الاستنطاق، وفي هذه الصورة يتولى أحدهما الكشف عن النية في الصلح متى توافرت شروط ذلك، وفي حالة موافقة وكيل الملك يحرر محضر بذلك.

الصورة الثانية؛

وهي التي لا يحضر فيها المتضرر أمام وكيل الملك بالرغم من وجوده، أو في الحالة التي يحضر فيها المشتبه به أمام وكيل الملك في حالة الجرائم التي لا يظهر فيها أي متضرر، ففي هذه الحالة فإن وكيل الملك يتولى بمجرد مثول المشتبه به أمامه عرض الصلح على هذا الأخير وفي حالة الموافقة يتولى وكيل الملك تحرير محضر بذلك.

رابعا:

مضمون محضر الصلح

يتولى وكيل الملك تضمين محضر الصلح بما اتفق عليه الأطراف الذين يبقوا أحرارا في اختيار النقاط التي يمكن أن تكون موضوع تفاوض واتفاق بينهم، كما يمكن - حسب مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 41 - أن يتضمن محضر الصلح أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا؛

ويشار فيه أيضا إلى الأجل المطلوب لتنفيذ الصلح. وبذلك فإن الصلح الذي يكون أحد أطرافه هو المتضرر قد يكون صلحا ثنائيا كما هو الحال مثلا في الحالة التي يكون فيها الصلح بين الزوج وزوجته، وعندها فإن محضر الصلح يتضمن ما اتفق عليه الأطراف والأجل الذي يحدد وكيل الملك لتنفيذ ذلك الاتفاق. أما إذا كان الصلح ثلاثيا، فإن محضر الصلح يتضمن ما اتفق عليه الأطراف من جهة، وما اتفق عليه المشتبه به ووكيل الملك الذي يتولى اقتراح غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا، الأمر الذي يظهر معه أن المشرع قد وازن بين وضعيتين، أولاهما تتعلق بمضمون الصلح بين المتضرر والمشتكى به وفي هذه الحالة أعطى للطرفين الحرية المطلقة في تحديد مضمون الصلح، وأما الوضعية الثانية فتتعلق بالصلح المبرم بين وكيل الملك والمشتكى به، وإذ في هذه الحالة أعطى المشرع لوكيل الملك كل الصلاحية في تقدير الظروف الاجتماعية والمستوى المادي للمشتكى به من أجل اقتراح مبلغ الغرامة التي على هذا الأخير تأديتها على ألا يتجاوز المبلغ المقترح نصف الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها قانونا. هذا بالنسبة للجرائم التي يظهر فيها متضرر.

أما بالنسبة للجنح التي لا يظهر فيها متضرر، فإن المشرع أعطى لوكيل الملك سلطة اقتراح إبرام صلح مع المشتبه به، وفي حالة موافقة هذا الأخير فإن وكيل الملك يتولى تحرير محضر بما تم الاتفاق عليه، وهو المحضر الذي يتضمن الموافقة إما على أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر الناتج عن الأفعال المقترفة

من قبل المشتبه به أو هما معا. والملاحظ أن الفرق بين مضمن المحضر في هذه الحالة وفي الحالة السابقة، هي أن لوكيل الملك السلطة التقديرية في تحديد مبلغ الغرامة بما يناسب وضعية المشتبه به في حالة إبرامه صلحا مع المتضرر أيضا، بينما في الحالة التي لا يكون فيها أي وجود للمتضرر فإن المشرع لم يمكن وكيل الملك من أية سلطة تقديرية لتحديد قيمة الغرامة موضوع الصلح، بل حددها بصورة قطعية في نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا.

خامسا:

التصديق على محضر الصلح وآثاره

بمجرد إبرام محضر الصلح، يشعر وكيل الملك باقي الأطراف، ودفاعهم عند الاقتضاء، بتاريخ عرض المحضر المذكور على أنظار رئيس المحكمة أو من ينوب عنه قصد التصديق في غرفة المشورة !. وقد أشارت الفقرة السابعة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية إلى مسطرة الإحالة عندما نصت على أنه « يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.»

ومما يلاحظ في هذا الخصوص أن القرار الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه غير قابل لأي طعن، الشيء الذي يطرح التساؤل حول مدى إمكانية التعسف في استغلال هذه السلطة؛

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذه المقتضيات تثير تساؤلا بخصوص طبيعة القرار الذي يتخذه رئيس المحكمة أومن ينوب عنه، هل هو قرار بالموافقة وبالتالي التصديق على محضر الصلح أم يمكن أن يتخذ قرار بعدم التصديق على محضر الصلح؟

إن عمومية النص بخصوص مسألة التصديق على محضر الصلح وإن طرحت كإشكال

(1) تتكون هذه الغرفة من رئيس المحكمة أومن ينوب عنه، وممثل النيابة العامة وكاتب الضبط، ويحضرها المعني بالأمر ودفاعه إن اقتضى الحال.

مترابط بمدى سلطة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، فإنها على المستوى العملي لا تطرح أي إشكال. إذ يبقى، في نظرنا، لجهة التصديق كامل السلطة في التصديق أو عدم التصديق على محضر الصلح، والعلة في ذلك أن إرادة المشرع عندما اتجهت إلى إحالة المحضر على جهة التصديق فإنما كانت تعني، من وجهة نظرنا، بسط رقابة القضاء على مضمن الصلح المبرم بين الأطراف باعتبار جهة التصديق جهة قضائية مهمتها مراقبة مدى احترام قواعد القانون ومدى انضباط إرادة الأطراف للضوابط القانونية، وفي حالة ما إذا وقفت على اتفاق مخالف لأحكام القانون فستبقى لها سلطة إصدار قرار برفض التصديق على محضر الصلح، ولعل ما يؤكد ذلك هو أن المشرع لم يمنح لوكيل الملك سلطة مراقبة مضمن الصلح الواقع بين الأفراد، وإنما حصر تلك السلطة في الموافقة فقط، وكما هو معلوم فهناك فرق شاسع بين الموافقة والمراقبة، ولذلك فإن هاته الأخيرة تبقى من اختصاص القضاء. غير أن الإشكال المطروح في هذا الخصوص هو ما يتعلق بتحصين القرار الصادر عن جهة التصديق إزاء كل طعن، الشيء الذي نرى معه أن الحاجة لتدخل تشريعي في هذا السياق ستبقى ملحة خاصة وأن دائرة تبني العدالة التصالحية كبديل للدعوى العمومية تسير في اتجاه الاتساع.

إن الحديث عن الآثار المتعلقة بإحالة محضر الصلح على مسطرة التصديق تمتد إلى قرار النيابة العامة بشأن الدعوى العمومية. وهكذا فقد قرر المشرع بموجب الفقرة الثامنة من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية أن مجرد الإحالة على مسطرة التصديق موقف لكل قرار يمكن أن يتخذه وكيل الملك بشأن تحريك الدعوى العمومية، وبالتالي فإن قرار إحالة القضية على القضاء الزجري من عدمه يبقى مرتبطا ارتباطا وثيقا بالقرار الذي ستتخذه سلطة التصديق، إذ في الحالة التي تصادق فيها هذه الأخيرة على محضر الصلح فإن

(1) ومن الصور التي يمكن أن يراقب فيها القضاء مضمون محضر الصلح تناسب الالتزامات الملقاة على عاتق المشتكى به

أو المشتبه به مع الأجل المعطى له لتنفيذ الالتزام، إذ يجب أن يكون هذا الأجل معقولا، وإلا فإنه سيصبح مرهقا للمدين وتصبح

بالتالي مسطرة الصلح وكأنها تعجيز للمدين وسببا لتحريك الدعوى العمومية في مواجهته.

القرار بتحريك الدعوى العمومية يصبح مرتبطا بمدى تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم المضمنة بمحضر الصلح، وإذا تم رفض التصديق على محضر الصلح فإن القرار بتحريك الدعوى العمومية يصبح مؤسسا !.

وما يتصل أيضا بالآثار القانونية للتصديق على محضر الصلح، أن القرار الذي يتخذه الرئيس أو من ينوب عنه لا يقتصر على مضمون الالتزامات الواردة في محضر الصلح، وإنما يمتد إلى الأجل الذي حدده وكيل الملك، بموجب الفقرة الخامسة من المادة 41، من أجل تنفيذ الصلح. إذ في هذه الحالة فإن رقابة القضاء ممثلا في رئيس المحكمة أو من ينوب عنه تعتبر حجر الزاوية لما يشكله الأجل من تأثير على قدرة المشتكى به أو المشتبه به على تنفيذ ما التزم به ووافق عليه خلال مرحلة الصلح، خاصة وأن هذا الالتزام أو تلك الموافقة تكون محاطة بظروف من شأنها تعييب إرادة المدين الذي يشكل الطرف الضعيف في سياق إجراءات جنائية استثنائية بالنسبة له3.

(1) مما يسترعي الانتباه في هذا السياق أن النيابة العامة، من وجهة نظرنا، لا تملك حق اتخاذ قرار الحفظ في هذه المرحلة
من مراحل التصديق بالرغم من وجود التنازل، لأن سلوك مسطرة الصلح لا يتصور إلا فى الحالة التي يكون فيها الجرم ثابت
في حق المتهم، وقرار سلوك المسطرة المذكورة ينبني على إيمان النيابة العامة بأن ما اقترفه المشتبه به يجب أن يقع تحت
طائلة العقاب، وبالتالي فإن انتهاء مسطرة التصديق على محضر الصلح بالرفض يجعل النيابة العامة ملزمة بتحريك الدعوى
العمومية في مواجهة المشتبه به.

(2) نرى أن الصلح في سياق القواعد المنظمة له في قانون المسطرة الجنائية يختلف عن الصلح المنصوص عليه فى قانون
الالتزامات والعقود والذي يجد تطبيقاته في العديد من القضايا بعيدا عن المجال الزجري، ذلك أن الصلح وإن كان عقدا إراديا
خالصا وفق منظور قانون الالتزامات والعقود بما يعنيه كل ذلك من ضمانات حمائية لإرادة طرفيه من كل عيب من عيوب
الرضى، فإنه فى سياق الحديث عن الصلح كبديل للدعوى العمومية فإننا سنكون أمام وضع خاص للمدين الذي هو المشتبه

به أو المشتكى به الذي تبقى إرادته بالموافقة أو عدم الموافقة على مضمون الصلح، وما قد يفرضه عليه الطرف القوي الذي

هو المتضرر، إرادة ضعيفة ومشوبة بنوع من أنواع الإكراه، وهو على كل حال إكراه مقبول من وجهة نظر المشرع الجنائي

الشيء يجب اعتباره في التمييز بين الصلح الوارد في قانون الالتزامات والعقود والصلح باعتباره بديلا عن الدعوى العمومية،

هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإنه بمقتضى الفصل 1100 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه:
(«لا يجوز

الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن

يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة.)» وكما

هو معلوم فإن الصلح في قانون المسطرة الجنائية ينصب على تفادي تحريك الدعوى العمومية في شأن جريمة مقترفة وثابتة،

وبالتالي فإن تفادي تحريك الدعوى العمومية يصبح من بين المواضيع التي يبرم من أجلها الصلح كبديل لتلك الدعوى، ولما كان

تحريك الدعوى العمومية من صميم النظام العام الذي تتولى النيابة العامة حمايته فإنه بمفهوم الصلح في قانون الالتزامات والعقود

يصبح غير جائز، لكن عدم الجواز المدني يختلف عن الذي قصده المشرع الجنائي الذي أباح الصلح في هذا السياق، وبالتالي

فإن الاختلاف بين الصلح بمفهومه المدني والصلح بمفهومه الزجري يبقى أمرا مؤكدا وفق ما ذكر.

سادسا:
مرحلة تنفيذ الصلح كبديل للدعوى العمومية:

ألزم المشرع رئيس المحكمة أو من ينوب عنه بضرورة إشعار النيابة العامة ممثلة في وكيل

الملك بالأمر الصادر عنه بشأن التصديق على محضر الصلح. وإذا كانت مرحلة تبليغ

الأمر المذكور تخضع للقواعد العامة لتبليغ المقررات القضائية، فإنه وبخلاف القواعد

المقررة لتنفيذ تلك المقررات في المادة المدنية، فإن مهمة مراقبة تنفيذ التزامات الأطراف

لما اتفقوا عليه في محضر الصلح أسندت لوكيل الملك. والعلة في ذلك أن الصلح في سياق قانون المسطرة الجنائية يعتبر من صميم الإجراءات الجنائية التي تتولى النيابة العامة السهر على إقرارها أو تنفيذها لأنه يرتبط ارتباطا وثيقا بقرار تحريك الدعوى العمومية الذي يدخل في دائرة الاختصاص الحصري للنيابة العامة ولا دخل لقضاء الحكم فيه.

وعلى ذلك فإن لوكيل الملك كامل السلطة في تحريك الدعوى العمومية متى تأكد له أن المشتبه به أو المشتكى به لم يقم بتنفيذ ما اتفق عليه من قبل الأطراف. غير أن التساؤل المطروح في هذا السياق يبقى مرتبطا بالحالة التي لا يقدر فيها المشتكى به أو المشتبه به على تنفيذ التزامه لأمر خارج عن إرادته بالرغم من توافر نيته الصادقة في التنفيذ، فهل سيتولى وكيل الملك أمر تقدير هذه الظروف وبالتالي يأذن للمدين بأجل جديد في إطار الأجل الاسترحامي أم أن قواعد قانون المسطرة المدنية ستبقى هي الواجبة التطبيق في مثل هاته الحالة، ولحل هذه الإشكالية نرى أن للمدين حق اللجوء إلى جهة التصديق لأنها هي الوحيدة التي تملك صلاحية تقدير الظروف المحيطة بمدى كفاية الأجل المحدد لتنفيذ الالتزام وما إذا كانت لتلك الظروف حقيقة أي تأثير على التنفيذ أم لا، ولعل ما يسند هذا الرأي في وجهة نظرنا ما تذهب إليه مقتضيات المادة 752 من قانون المسطرة الجنائية التي تجيز الالتجاء لقواعد قانون المسطرة الجنائية متى ما كانت غير

(1) جاء في المادة 752 من قانون المسطرة الجنائية ما يلي:

(«تطبق أحكام قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير

الشريف رقم 1.74.474 الصادر في 11 من رمضان 1394 28) شتنبر (1974 على الدعاوى المدنية المقامة أمام القضاء

الزجري، كلما كانت غير متناقضة مع المقتضيات الخاصة لهذا القانون والمتعلقة بنفس الموضوع.»

متعارضة مع المقتضيات المدنية الواردة في قانون المسطرة الجنائية، وهو ما ينطبق على الإشكالية المثارة.

إن الحديث عن الأحكام المنظمة للصلح كبديل للدعوى العمومية وإن كان مؤشرا في تقدير مدى تبني المشرع للمقاربة التصالحية في المجال الجنائي، فإن التطرق لمسطرة السند التنفيذي لا يقل أهمية في هذا السياق، الشيء الذي يبقى معه من المناسب

التطرق ولو بعجالة لأهم أحكام هذا البديل الثاني (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية:

السند التنفيذي كبديل للدعوى العمومية في مجال المخالفات

إذا كان نطاق الصلح باعتباره بديل من بدائل الدعوى العمومية قد حصره المشرع في مجال الجنح المشار إليها في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، فإن السند التنفيذي باعتباره بديلا ثانيا من بدائل الدعوى العمومية لا يتعلق إلا بالمخالفات. وقد نظم المشرع الأحكام الخاصة بالسند التنفيذي في المواد من 375 إلى 382 من قانون المسطرة الجنائية !. ويمكن إجمال تلك الأحكام وفق ما يلي:

أولا:

نطاق تطبيق السند التنفيذي:

جعل المشرع مسطرة السند التنفيذي مقتصرة على المخالفات التي لا يظهر فيها متضرر أو ضحية، واشترط في هذه المخالفات أن يكون القانون قد عاقب عليها بالغرامة المالية

(1) أوضح المشرع الحيثيات التي دفعته إلى تبني خيار السند التنفيذي في ديباجة قانون المسطرة الجنائية عندما أشار إلى:

(«أن المسطرة التي كان معمولا بها تعطي للقضاة حق إصدار أوامر قضائية في غيبة الأطراف في المخالفات التي لا يعاقب

عنها بعقوبات سالبة للحرية ولا يظهر فيها متضرر وذلك بناء على ملتمسات النيابة العامة، وهو ما يضعنا أمام مسطرة طويلة

ومعقدة تستهلك وقتا طويلا ومجهودا فائقا من عدة أطراف (الشرطة القضائية - كتابة النيابة العامة - وكيل الملك - كتابة

الضبط - القاضي) لينتهي الأمر بصدور أمر بغرامة بسيطة يملك المحكوم عليه حق التعرض عليها.

وقد استهدف القانون تقليص وقت البت في هذا النوع من القضايا واختزال المجهودات البشرية والمادية التي تنفق لإنجازه،

ومنح للنيابة العامة حق اقتراح أداء غرامة جزافية لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للمخالفة، وفي حالة عدم

موافقته تعرض القضية على القضاء للبت فيها وفقا للمسطرة الحضورية العادية، وبالمقابل فإن الاقتراح يصبح سندا قابلا للتنفيذ

في حالة قبول المخالف به أو عدم تعرضه عليه (المواد 375 إلى 382).»

فقط، الشيء الذي يكون معه قد تم استبعاد المخالفات التي يقرر فيها المشرع مدة معينة للاعتقال!، ونرى في هذا السياق أن المشرع كان عليه أن يمدد السند التنفيذي ليشمل المخالفات المعاقب عليها بمدة الاعتقال أيضا ما دام أنه اختار الصلح في لجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين، وكما هو معلوم فإن مدة الاعتقال المقررة للمخالفات لا تتجاوز في كل الأحوال شهرا واحدة في التشريع المغربي، الشيء الذي يكون معه الاقتصار على المخالفات المقتصرة على الغرامة المالية فقط مناف لرغبة المشرع الجنائي المغربي الرامية إلى تكريس بدائل للدعوى العمومية.

ومما يسترعي الانتباه في هذا الموضوع أن المشرع وإن حصر السند التنفيذي في المخالفات المعاقب عليها بغرامة مالية فقط والتي لا ضحايا فيها، فإنه اشترط أن تكون المخالفة محل السند التنفيذي مثبتة في محضر أو تقرير، وعلى ذلك فإن المخالفة متى ما لم تكن مثبتة وفق الشكل الذي حدده قانون المسطرة الجنائية لا يمكن أن تكون محلا للسند التنفيذي، كما هو الأمر بالنسبة للمخالفة التي تعاينها المحكمة أثناء انعقاد الجلسات والتي تتولى البت فيها مباشرة وبصورة فورية، إذ في هذه الحالة لا يتصور أن تسلك فيها النيابة العامة مسطرة السند التنفيذي سواء أكانت المخالفة ارتكبت أمام المحكمة الزجرية أو المحكمة المدنية".

(1) مما يلاحظ أن المشرع باقتصاره على المخالفات المعاقب عليها بغرامة مالية فقط، يكون قد استبعد العديد من المخالفات

التي قرر فيها الاعتقال والغرامة المالية، كما هو الأمر بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في الفصل 608 من القانون الجنائي

الذي يعاقب على المخالفات المنصوص عليها في القانون المذكور بالاعتقال من يوم واحد إلى خمسة عشر يوما وبغرامة من

عشرين إلى مائتي درهم.

(2) هنا يجب استحضار مفهوم المحضر والتقرير كما هو منظم في قانون المسطرة الجنائية، وأهم ما يجب التركيز عليه هو

أن يكون المحضر أو التقرير المذكورين محررين من قبل الشرطة القضائية.

(3) نصت المادة 359 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

« إذا ارتكبت أثناء الجلسة جريمة لها وصف مخالفة، يأمر

رئيس المحكمة بتحرير محضر في شأنها ويستجوب مرتكبها ويستمع للشهود. تطبق الهيئة القضائية حالا العقوبات المقررة في

القانون بناء على ملتمسات النيابة العامة.

لا يمكن الطعن في هذا الحكم بأية وسيلة من وسائل الطعن.»

(4) ينص الفصل 43 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي:
« تكون الجلسات علنية إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك.

لرئيس الجلسة سلطة حفظ النظام بها ويمكنه أن يأمر بأن تكون المناقشة في جلسة سرية إذا استوجب ذلك النظام العام أو

الأخلاق الحميدة.

يجب على الخصوم شرح نزاعاتهم باعتدال. فإذا أخلوا بالاحترام الواجب للعدالة جاز للرئيس أن يحكم عليهم بغرامة لا تتعدى

ستين درهما.

يجوز للرئيس دائما في حالة اضطراب أو ضوضاء أن يأمر بطرد الخصم أو وكيله أو أي شخص آخر من الجلسة.

إذا امتنع الأفراد الذين وقع طردهم أو عادوا إلى الجلسة أمكن للرئيس أن يتخذ الإجراءات طبق مقتضيات المسطرة الجنائية.

ثانيا:
شكليات السند التنفيذي:

لقد حدد المشرع الشكليات التي يجب أن تراعى في السند التنفيذي، وهنا لابد من

التمييز بين الشكليات المتعلقة بالسند التنفيذي ذاته، وتلك المرتبطة برسالة تبليغه

للمخالف.

وهكذا؛
فبالنسبة للشكليات المتعلقة بالسند التنفيذي، فقد حددها المشرع في المادة

376 من قانون المسطرة الجنائية، وهي بيانات يجب أن يتضمنها السند المذكور، وهي

كالتالي:

- الاسم الشخصي والاسم العائلي والمهنة ومحل السكنى وإن أمكن رقم بطاقة الهوية

ونوعها لمرتكب المخالفة وللمسؤول عن الحقوق المدنية إن اقتضى الحال؛

- بيان المخالفة ومحل وتاريخ ارتكابها ووسائل إثباتها؛

- النصوص المطبقة في القضية؛

- بيان مبلغ الغرامة مع الإشارة إلى أدائها بصندوق كتابة الضبط بأية محكمة ابتدائية

ومما يلاحظ في هذه البيانات أن تحقق الغاية من إبلاغ المخالف بها، بحيث أنها

تعرف به تعريفا واضحا، وتوضح نوع المخالفة والمكان والتاريخ الذي ارتكبت فيه،

كما تبين الوصف القانوني للمخالفة والعقوبة المقررة لها من خلال إدراج النص المطبق

عليها، وهو ما يجعل المخالف على بينة من مبلغ الغرامة المقررة قانونا ليراقب مدى

احترام النصف الحد الأقصى المقرر لها.

ومن المعلوم أن لكل بيان من البيانات أثره القانوني الذي يمكن أن يكون محل منازعة من

قبل المخالف، الشيء الذي يجعل من إدراجها في صلب السند التنفيذي أمرا ملزما من

إذا صدرت أقوال تتضمن سبا أو إهانة خطيرة تجاه المحكمة حرر رئيس الجلسة محضرا يرسل في الحال إلى النيابة العامة

لتطبيق المسطرة المتعلقة بالتلبس بالجريمة.»

هذا الجانب، ومن جانب آخر من أجل تفادي جزاء البطلان المنصوص عليه في المادة

751 من قانون المسطرة الجنائية.

ومن البيانات التي يجب أن تضمنها النيابة العامة في السند التنفيذي، الإشارة إلى إمكانية

أداء المبلغ المقترح في صندوق أية محكمة من المحاكم المختارة من قبل المخالف،

وفي ذلك تيسير على هذا الأخير وتشجيع له على قبول السند التنفيذي بدل إرهاقه

بالانتقال من محل سكناه الذي قد يكون بعيدا عن المحكمة التي صدر عنها السند

التنفيذي. وفي هذا السياق نرى أن المشرع أغفل إمكانية أداء الغرامة المقترحة بصندوق

مراكز القضاة المقيمين باعتبارها أقرب مرفق قضائي للأفراد خاصة القاطنين في المناطق

النائية، الشيء الذي نتساءل معه حول ما إذا كان للمخالف إمكانية الأداء في تلك

المراكز أم لا؟

ولما كان السند التنفيذي صادرا عن جهة قضائية فإن تاريخ صدوره وتوقيع ممثل النيابة

العامة الذي أصدره يعتبر من البيانات الضروري إدراجها في السند المذكور وإلا كان باطلا لعدم إمكانية تحديد الجهة الصادر عنها.

أما بخصوص الشكليات التي فرض المشرع توافرها في رسالة تبليغ السند التنفيذي؛ فقد

حددت بموجب الفقرة الثانية من المادة 377 من قانون المسطرة الجنائية التي نصت على ما يلي:

« تتضمن رسالة التبليغ إشعار المعنى بالأمر بأن يؤدي مبلغ الغرامة، وإلا فإن القضية ستحال على جلسة يحدد تاريخها في السند القابل للتنفيذ ويعتبر الإشعار بمثابة استدعاء لهذه الجلسة.»

وبالتالي فإن أية رسالة تبليغ يتوصل بها الشخص المخالف يجب أن تتضمن:

الإشعار بأداء الغرامة المقترحة من قبل وكيل الملك والمحددة في نصف الحد الأقصى

للغرامة المقررة قانونا، ومن الملاحظ أن ذكر لفظ إشعار يعطي إمكانية للمخالف بحرية الاختيار بين أن يؤدي أو أن يرفض الأداء، بعكس لو تمت الإشارة إلى الأمر فإن المخالف يصبح ملزما بالأداء، وحسنا فعل المشرع لما اختار لفظ الإشعار بدل الأمر.

التنبيه بأنه في حالة الرفض فإن القضية ستحال على الجلسة، وهنا تظهر الطبيعة القانونية للسند التنفيذي باعتباره بديل للدعوى العمومية، وفي هذه الحالة فإن السند المذكور يجب أن يتضمن تاريخ انعقاد الجلسة التي ستعرض فيها القضية على أنظار المحكمة، إذ يعتبر هذا الإشعار الذي يتوصل به المخالف بمثابة استدعاء للجلسة المذكورة، وهو ما تجب الإشارة إليه، في نظرنا، في صلب رسالة التبليغ. وبذلك فإن المشرع يرسم الخطة التي ينفذ بها هذا البديل من بدائل الدعوى العمومية، وفي حالة تعنث المخالف في الاستجابة لهذا النوع من المصالحة فإن النيابة العامة تصبح ملزمة بمباشرة إجراءات الدعوى العمومية.

ثالثا:

آثار السند التنفيذي في مواجهة المخالف:

لقد أعطى المشرع للمخالف الحرية الكاملة في الاستجابة لمضمون السند التنفيذي،

ولذلك فقد وضع خيارات ثلاثة يمكن اعتبارها، ولكل خيار تأثيره على إثارة الدعوى العمومية:

الخيار الأول:

ويتعلق بموافقة المخالف على السند التنفيذي ومبادرته إلى أداء الغرامة المقترحة داخل الأجل المحدد له، وفي هذه الحالة فإن النيابة العامة تفقد الحق في إثارة الدعوى العمومية، مدام موضوعها قد انقضى بالأداء وتحقق الردع المطلوب بذلك الأداء، وكما هو معلوم فقد نصت المادة 379 من قانون المسطرة الجنائية على هذا الخيار.

الخيار الثاني:

ويتعلق بالحالة التي يرفض فيها المخالف الاستجابة للسند التنفيذي،

ففي هذه الحالة يجب على المخالف أن يعبر عن هذا الرفض في نفس رسالة تبليغ السند التنفيذي التي يجب عليه إعادة إرسالها إلى النيابة العامة الصادر عنها السند التنفيذي، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 377 من قانون المسطرة الجنائية على هذا الخيار. وترتيبا على هذا الرفض فإن النيابة العامة تصبح مجبرة على تحريك الدعوى العمومية في مواجهة المخالف وفق ما تمت الإشارة إليه في صلب السند التنفيذي.

الخيار الثالث:

وهي الحالة التي لا يعبر فيها المخالف عن أي موقف سواء بالرفض أو بالقبول داخل الأجل القانوني، ففي هذه الحالة قررت المادة 380 من قانون المسطرة الجنائية أن يفسر هذا الإحجام عن إظهار الموقف بمثابة قبول، يجعل من السند التنفيذي نهائيا وقابلا للتنفيذ، الشيء الذي يلزم النيابة العامة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذيه.

وعلى العموم، فإن الجهود التي بذلها المشرع المغربي من أجل إدماج بعض صور بدائل الدعوى العمومية في صلب التشريع المغربي قد أثمرت حلولا لبعض النيابات العامة من أجل تنزيل مقتضياتها، غير أن الجهود التشريعية الحالية لا تكفي الشيء الذي يفتح السؤال حول مدى إمكانية تطوير التجربة المغربية في هذا المجال إن على المستوى العملي أو على مستوى التشريع ذاته، وهذا ما سنتولى الحديث عنه في المبحث الموالي.

ضوء الممارسة العملية

المبحث الثاني:

مستجدات منتظرة بخصوص بدائل الدعوى العمومية على

إن الحديث عن آفاق تبني طرق بديلة للتحول من العدالة الجنائية «البطيئة» إلى العدالة الجنائية «السريعة»، تمليه ما أفرزته التجربة العملية في مجال تنزيل أحكام الصلح (المطلب الأول)، ما دامت الممارسة غالبا ما تكون موجها للمشرع من أجل إعادة النظر في واقع التشريع بغاية تطويره وتجويده مستقبلا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تقييم الممارسة العملية في تفعيل بدائل الدعوى العمومية

إذا كان للوقوف على ما أفرزته الممارسة العملية في أي مجال اتصال بالمقاربة الإحصائية باعتبارها منهجا كاشفا لكيفية تدبير تنزيل أحكام التشريع على أرض الواقع، فإن المقاربة المذكورة ستكون بالغة الأهمية بخصوص الحديث عن بدائل الدعوى العمومية في سياق مناخ مجتمعي لا يزال يؤمن بسياسة الردع العقابي المقترن بالسجن أكثر من غيره من الحلول الأخرى. ولذلك فإن البحث في الأرقام المتعلقة بتدبير النيابة العامة بالمغرب لهذه البدائل (الفقرة الأولى) يمكن أن يكون ممهدا للكشف عن المعيقات التي تعترض التنزيل الأسلم لتلك البدائل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

بدائل الدعوى العمومية في أرقام

بالرجوع إلى الإحصائيات التي تيسر الاطلاع عليها بخصوص تفعيل النيابات العامة لبدائل الدعوى العمومية، وقفنا على أن التقارير السنوية الصادرة عن رئاسة النيابة العامة قد أشارت إلى بعض الأرقام الإجمالية المتعلقة بالصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن الإحصائيات المذكورة تهم سنوات 2018 و2019 و2020، وقد جاءت على النحو التالي:

1. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة 2018 فقد بلغ 7566 محضرا !.

2. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة

2019 فقد بلغ 8396 محضرا ?.

(1) التقرير السنوي التاني لرئاسة النيابة العامة لسنة 2018، ص 83.

(2) التقرير السنوي التالت لرئاسة النيابة العامة لسنة 2019، ص 117.

3. بالنسبة لعدد المحاضر التي أنجز فيها الصلح خلال سنة

2020 فقد بلغ 3904 محضرا !.

وكما هو ظاهر من خلال الأرقام أعلاه، فإن حالات اللجوء إلى الصلح كآلية بديلة للدعوى العمومية تبقى ضعيفة بالنظر إلى عدد المحاضر التي تحال على النيابات العامة بمختلف المحاكم، حسب ما تبرزه الإحصائيات الرسمية، الشيء الذي يبعث على التساؤل حول الأسباب الحقيقية التي تجعل النيابات المذكورة لا تلجأ إلى هذه الآلية التصالحية بالرغم من نتائجها الإيجابية على مستوى أداء محاكم الموضوع التي ستتفرغ للبت في القضايا الأكثر تعقيدا.

وزيادة على ذلك يجوز لنا التساؤل حول ما إذا كانت النيابات العامة بالمحاكم الابتدائية تقوم بتعويض اللجوء إلى الصلح في القضايا التي تنازل فيها الضحية عن شكايته باتخاذ قرار الحفظ أم لا؟ ذلك أن مشروعية هذا التساؤل تنبع مما تظهره الإحصائيات المتعلقة بعدد المحاضر التي اتخذت فيها النيابات العامة بالمحاكم الابتدائية قرار الحفظ خلال سنوات 2018 و2019 و2020، والتي تشير إلى أنه خلال:

1. سنة 2018 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار

الحفظ ما يناهز 446.209 محضرا، في مقابل 7566 محضرا

أنجز فيه الصلح.

2. سنة 2019 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار

(1) التقرير السنوي الرابع لرئاسة النيابة العامة لسنة 2020، ص 64.

(2) التقرير السنوي التاني لرئاسة النيابة العامة لسنة 2018، ص 83.

الحفظ ما يناهز 474.678 محضرا، في مقابل 8396 محضرا

أنجز فيه الصلح !.

3. سنة 2020 فقد بلغ عدد المحاضر التي اتخذ فيها قرار

الحفظ ما يناهز 501.991 محضرا، في مقابل 3904 محضرا

أنجز فيه الصلح .

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن هذا الضعف في اللجوء إلى الصلح كآلية بديلة للدعوى العمومية يأتي في الوقت الذي وجهت فيه رئاسة النيابة العامة دورية" لجميع النيابات العامة تحثهم من خلالها على سلوك الصلح تفعيلا للمقتضيات القانونية المتعلقة به.

وقد خلصت الدورية السابقة إلى نفس الخلاصات التي خلصنا إليها بخصوص ضعف اللجوء إلى الصلح، وهو ما يتأكد «من خلال تتبع الإحصائيات الصادرة عن المحاكم خلال السنتين الأخيرتين (2018 و2019)، يلاحظ عدم التطبيق الواسع لهذه المسطرة (مسطرة الصلح)، ووجود تفاوت كبير بين النيابات العامة في مدى تفعيلها»٩ وقد كشفت نفس الدورية إلى أن هذا التفاوت واضح بصورة جلية بحيث أشارت إلى أن بعض المحاكم لجأت إلى هذه المسطرة في أكثر من مائة محضر، بينما لم تبادر محاكم أخرى إلى تطبيق الصلح في أية مسطرة.

(1) التقرير السنوي التالت لرئاسة النيابة العامة لسنة 2019، ص 117.

(2) التقرير السنوي الرابع لرئاسة النيابة العامة لسنة 2020، ص 64.

(3) دورية رئاسة النيابة العامة موجهة إلى الوكلاء العامين لدى محاكم الاستئناف ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية عدد 24

س / ر ن ع وتاريخ 11 يوليوز 2019.

(4) نفس الدورية.

إن واقع الصلح باعتباره بديلا من بدائل الدعوى العمومية يجعلنا نتساءل حول المعيقات التي تعترض تفعيل هذه المسطرة بالشكل الذي يحقق الغايات التي توخاها المشرع من

سن المسطرة المذكورة، وهو ما سنتطرق له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية:

بعض المعيقات التي تعترض تطبيق مسطرة الصلح كبديل

للدعوى العمومية

لقد أشارت دورية رئاسة النيابة العامة، المشار إليها أعلاه، إلى نقطة غاية في الأهمية ألا وهي عدم ارتباط تفعيل أو عدم تفعيل الصلح بحجم المحكمة بالنظر لعدد القضايا المعروضة عليها، وإنما يبقى الدور المحوري ملقى على عاتق قاضي النيابة العامة الذي يجب عليه أن يتحلى بالإيجابية ويلجأ إلى تطبيق الصلح كلما تبين له توافر شروطه في القضايا المعروضة عليه. وانطلاقا من هذه المتلازمة القائمة بين الواقع والعنصر البشري يتبين أن هذا الأخير يبقى المحور الأساس في تفعيل الصلح، غير أن الاستقصاء حول التجربة العملية بهذا الخصوص أفادتنا بأن أهم العوامل المؤثرة في تطبيق مسطرة الصلح ترجع إلى ما يلي :

1. ترشيد سياسة تقديم المشتبه بهم أمام النيابات العامة؛

وذلك من خلال عدم تقديم المشتبه بهم في الجنح الضبطية، التي تشكل جنحا قابلة للصلح، في أغلب الحالات نظرا لعدم تأثيرها على النظام العام الاجتماعي، الشيء الذي يتعذر معه إجراء الصلح الذي اشترط فيه المشرع حضور الأطراف أمام وكيل الملك كأهم شرط وفق المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

2. اعتبار الوضعية المادية والاجتماعية للمعني بالأمر؛

وذلك لعدم قدرته على الأداء الشيء الذي ينعكس معه على مستوى المراقبة القضائية التي تنتهي برفض التصديق على محضر الصلح، وكذا على مستوى تنفيذ قرارات الصلح في حالة التصديق وعدم مبادرة المعني بالأمر إلى تنفيذ ما التزم به.

3. ضغط العمل الناتج عن عدم التناسب بين عدد الموارد البشرية

والمحاضر المحالة على النيابات العامة في إطار التقديم؛

إذ أن عدد قضاة النيابة العامة المكلفين بالتقديم قليل بالنظر لعدد المحاضر التي تحيلها الشرطة القضائية يوميا وما يتعلق بها من مجهودات لاتخاذ القرارات المناسبة بشأنها،

الشيء الذي ينعكس سلبا على قدرة قضاة النيابة العامة على تفعيل مسطرة الصلح ومتابعة إجراءاتها أمام القضاء مما يشكل عبئا إضافيا يثقل كاهلهم.

ومهما يكن فإن أهم المعيقات التي تعترض تفعيل مسطرة الصلح تبقى، حسب رأينا، خاضعة بصورة كبيرة للثقافة السائدة لدى الأفراد الذين يرفضون حل النزاعات خارج سياق منطق الزجر، مع عدم الوعي بأهمية مسطرة الصلح سواء على مستوى الحفاظ على استقرار العلاقات بينهم من جهة، أو على إمكانية اختزال الزمن القضائي من أجل الحصول على الحق والمساهمة في ردع المخالفين للقانون الجنائي بما يتناسب مع حجم الضرر الناتج عن الأفعال المقترفة، من جهة أخرى.

وبناء على كل ما سبق، يمكن القول بأن لتظافر العوامل مجتمعة سواء المؤسساتية منها أو البشرية أو القانونية تأثير على مستوى تفعيل مسطرة الصلح أو إصلاحها، ولعل هذا ما حذا بالمشرع إلى التفكير في إدخال تعديلات على المساطر البديلة للدعوى العمومية؛ وهو ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

مستجدات منتظرة بخصوص بدائل الدعوى العمومية

لقد أدت المؤشرات التي تطرقنا إليها في المطلب السابق بالمشرع إلى معاودة النظر في بعض أحكام بدائل الدعوى العمومية، وهو ما يستشف من خلال الصيغة المتداولة لمشروع قانون المسطرة الجنائية والمؤرخة في نونبر '2021. ولإبراز الجهود الرامية إلى تجويد الأحكام المنظمة لبدائل الدعوى العمومية فإننا سنتولى الحديث المستجدات التي ستطال مسطرة الصلح باعتباره بديلا من بدائل الدعوى العمومية (الفقرة الأولى) وأخرى متصلة بالسند التنفيذي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

أهم المستجدات المرتقبة في مجال الصلح كبديل للدعوى العمومية

باستقراء الصيغة المقترحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية والمؤرخة في نونبر 2021 نجد أن المشرع قد أقر مستجدات متعلقة بسلطات النيابة العامة في مجال الصلح كبديل

للدعوى العمومية (أولا)، كما أدخل أخرى تتعلق بتنظيم أحكام الصلح (ثانيا).

أولا:

تزايد سلطات النيابة العامة في مجال اعتماد الصلح كبديل للدعوى العمومية

في البداية لا بد من التأكيد على أن واضع مشروع قانون المسطرة الجنائية حاول أن يحدد

الطبيعة القانونية لبدائل الدعوى العمومية، وقد أبان عن نيته تلك بمناسبة الحديث عن

الصلح، فقد نص في الصيغة الجديدة المقترحة بموجب الفقرة الأولى من المادة 41 من

قانون المسطرة الجنائية على ما يلي « يعتبر الصلح بديلا عن الدعوى العمومية إذا توفرت

شروط إقامتها، ولا يمس بقرينة البراءة.»

(1) نثير الانتباه إلى أنه أثناء دراستنا لهذا الموضوع وقفنا على صيغ مختلفة لمشروع قانون المسطرة الجنائية، الشيء الذي

جعلنا نعتمد على آخر صيغة وضعنا يدنا عليها، معتقدين أنه بإقدام وزارة العدل على سحب مشروع قانون المسطرة الجنائية

من أمام البرلمان قد يحمل جديدا في مجال بدائل الدعوى العمومية.

ومما يستشف من المقتضيات المشار إليها أعلاه أن المشرع حدد الطبيعة القانونية

للصلح في سياق المادة 41 وجعله بديلا للدعوى العمومية، وهو ما أكدنا عليه أعلاه في

معرض تمييزنا لمفهوم البديل عن غيره من المفاهيم المشابهة. وبذلك فإن حسم المشرع

في طبيعة الصلح الواقع قبل مباشرة أي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى العمومية

من شأنه توضيح الصورة في ذهن الممارسين وعموم المهتمين بهذا النوع من المساطر

القانونية في المجال الجنائي.

غير أن مما يثير الانتباه، هو أن المشرع وضع شرطا مهما لابد من مراعاته من أجل

مباشرة إجراءات الصلح، وقد حدده في ضرورة التأكد مما إذا كانت شروط إقامة الدعوى

العمومية متوافرة أم لا؛

وهو أمر منطقي، في نظرنا، من الناحية التشريعية، ذلك أنه في

الحالات التي لا تتوفر فيها الشروط اللازمة لإقامة الدعوى العمومية فلا يتصور الحديث

عن أي بديل من بدائل الدعوى العمومية.

ومما يرتبط بالشروط التي يجب مراعاتها لمباشرة إجراءات الصلح في هذا السياق، ما أورده المشرع في الفقرة الثالثة من الصيغة الجديدة المقترحة للمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية والتي تنص على أنه:

«يمكن لوكيل الملك إذا بدت له أدلة كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين ... » بمعنى أن من بين المؤشرات الدالة على مدى توافر شروط الصلح أن تسفر الأبحاث التمهيدية عن وجود أدلة كافية تفيد كون المشتكى به أو المشتبه به هو مرتكب الفعل الجرمي، وإذا لم تسفر تلك الأبحاث عن أي دليل فإن اقتراح الصلح يبقى سابقا لأوانه.

ومن نتائج تحديد الطبيعة القانونية للصلح وشروط إعماله، أن عمل المشرع على تمكين النيابة العامة بالمزيد من الحلول من أجل تفعيل إمكانية الصلح. وفي هذا السياق فقد أصبحت الفقرة الثالثة من الصيغة الجديدة المقترحة للمادة 41 ركيزة أساسية من ركائز

السلطات التي يتمتع بها وكيل الملك في مجال الصلح، وهكذا فقد نصت الفقرة المذكورة على ما يلي «يمكن لوكيل الملك إذا بدت له أدلة كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين ويسعى إلى تحقيقه بينهما أو يمهلهما لإجرائه. كما ويمكنه أيضا أن يعهد بذلك إلى محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك أو أن يستعين بخدمات خلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم التي يقوم بها الموظفون المكلفون بمهام المساعدة الاجتماعية إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة والأطفال».

وباستقراء المقتضيات المذكورة، يتبين أن المشرع مكن النيابة العامة من العديد من الإمكانيات الرامية إلى المزيد من التبني لمسطرة الصلح، ويظهر هذا التمكين من خلال الآتي:

1. إمكانية تمديد زمن إجراء الصلح :

إذ في ظل القانون الجاري به العمل، فإن المشرع ألزم وكيل الملك باقتراح الصلح عندما يمثل الطرفان أو المشتكى به أمامه، وليس هناك أي خيار لإمكانية إمهال الطرفين لإجراء الصلح، غير أنه بموجب التعديل المقترح فقد أصبح بإمكان ممثل النيابة العامة أن

يقترح على الطرفين إجراء صلح بينهما عند مثولهما أمامه، أو يمكنهما من مهلة لإجرائه إن اقتضى الحال. وفي تقديرنا فإن هذا التوجه يعطي المزيد من الحرية للمشتكى به أو المشتبه يه من أجل تقرير ما إذا كان مضمون الصلح مناسبا له أم لا، وبالتالي فإن مسطرة الصلح كبديل للدعوى العمومية أصبحت تتسم بمرونة أكبر من واقع الصلح في ظل قانون المسطرة الجنائية الجاري به العمل، ولعل هذا الموقف يمكن أن يفسر بتعثر التنزيل الأمثل للصيغة الحالية للصلح لما قد يعترضها من ضغوط قد يواجه بها المشتكى به أو المشتبه به عندما يكون ماثلا أمام النيابة العامة. والملاحظ أن الصيغة الحالية لم

تحدد لوكيل الملك أي أجل للمهملة التي ينوي تمكين الأطراف منها، غير أنه في نظرنا يجب أن تكون مناسبة للقدر الذي يتبين منه للطرف الضعيف الذي هو المشتكى به أو المشتبه به حقيقة نوايا المتضرر ومدى قدرة المشتبه به على الوفاء بالالتزامات التي يمكن أن تكون محل الصلح.

2. تمكين وكيل الملك من تنويع الجهات المتدخلة في إجراء الصلح:

ويظهر ذلك من الإمكانية التي أعطاها المشرع بموجب هذا المقترح لوكيل الملك من أجل إسناد مهمة الصلح لكل من محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره هو بنفسه، وفي ذلك توسعة لطرفي الصلح، إذ في نظرنا، فإن إدماج المحامي في مسطرة الصلح من شأنه أن يوفر ضمانات أكبر للطرفين من أجل الوقوف على حقيقة موقفهما القانوني، وبالتالي اقتراح ما يريانه مناسبا لهما من أجل إبرام الصلح. كما يمكن أن تشكل إمكانية إدماج مفهوم الوساطة إضافة نوعية لتدبير الإجراءات الجنائية، الأمر الذي نعتبره تطورا مهما في تبني المشرع لبدائل الدعوى العمومية يسير في منحى الاتجاه الذي سارت فيه المساطر المدنية بمفهومها العام.

3. إعطاء القضايا المتعلقة بالنساء والأطفال مكانة خاصة:

من خلال المقترح المشار إليه أعلاه يتبين أن المشرع أعطى لخلايا التكفل بالنساء والأطفال بالمحاكم التي يقوم بها الموظفون المكلفون بمهام المساعدة الاجتماعية أهمية أكبر في مجال الوساطة في القضايا التي تهم الأسرة والطفل، وهي خطة تنسجم مع

التوجه الذي تتبناه الدولة المغربية من خلال البرنامج الحكومي «تمكين» والذي يروم حماية حقوق النساء اللواتي هن في وضعية هشة وخاصة الحقوق الاقتصادية. كما أن هذا التوجه يظهر بالملموس أهمية المقاربة القانونية التي أولاها المشرع للطفل وما يجب

أن يحظى به من اهتمام وخاصة تجنيبه ما أمكن الانغماس في الإجراءات القضائية الجنائية بما يؤثر على تمثلاته الاجتماعية.

وإذا كانت سلطات النيابة العامة بخصوص مباشرة إجراءات الصلح قد شهدت اتساعا ملحوظا كما لامسناه أعلاه، فإن التعديلات المرتقبة في الأحكام المتعلقة بموضوع الصلح تبدو أكثر أهمية وفق ما سنقف عليه.

ثانيا:

مقترحات بشأن الإصلاحات التشريعية للأحكام المتعلقة بالصلح كبديل للدعوى العمومية

انسجاما مع التوجه الذي تبناه المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية الحالي والذي يجد سنده في «إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين»، يمكن أن نقرأ الجهود التي يبذلها المشرع في مجال إدماج بدائل الدعوى العمومية بالجهود الجبارة، ذلك أن المقترحات التشريعية التي من المزمع تبنيها من طرف المشرع تظهر الرغبة الأكيدة في تبني مقاربة تصالحية بعيدة عن المقاربة الزجرية التي لم تستطع الحد من الجريمة، ولذلك فإن تبني خيار الصلح أصبح أكثر من أي وقت مضى خيارا استراتيجيا من أجل تصريف القضايا الجنائية بعيدا عن القضاء الذي يجب أن تتجه جهوده إلى النظر في القضايا الأكثر تعقيدا.

وهكذا؛

فإنه بالنظر فيما أعلن عنه المشرع من خلال النسخة المتاحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية يظهر أن مسطرة الصلح ستشهد العديد من المستجدات المتقدمة والتي يمكن إجمالها في الآتي:

1. مزيدا من الجنح المتصالح بشأنها:

لقد حافظ المشرع على زمرة الجنح الضبطية التي يمكن أن تكون محل صلح بموجب القانون الجاري به العمل، غير أنه ونتيجة لمحدودية النتائج التي أبانت عنها الممارسة العملية بشأن الجرائم المشمولة بالصلح وما رتبته من تزايد في عدد الملفات المعروضة على القضاء بالرغم من عدم أهمية ارتباطها بالنظام العام، فقد عمل المشرع على إضافة أنواع أخرى من الجرائم التي من شأنها أن تخفف من العبء الذي يتحمله القضاء الزجري.

وهكذا فقد أضيفت إلى الجرائم الممكن التصالح بشأنها تلك التي تصل مبالغ الغرامة المقررة لها قانونا إلى مائة ألف درهم بدل خمسة آلاف درهم فقط كما هو معمول به في القانون الساري النفاذ.

وزيادة على ذلك فقد أضاف المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة - 1 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية العديد من الجنح التأديبية التي يمكن أن تكون محل صلح، ويتعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في الفصول 401 و404 (البند 1) و425 و426 و445 و505 و517 و524 و525 و526 و538 و540 5429 و547 و549 (البندين الأخيرين) 571 من مجموعة القانون الجنائي، والمادة 316 من مدونة التجارة، أو إذا نص القانون صراحة على ذلك بالنسبة لجرائم أخرى.

إن الملاحظ من خلال تعداد الجرائم المذكورة أعلاه أن المشرع حاول أن يصنف الجرائم إلى زمرتين؛

زمرة من الجرائم غير قابلة للصلح، وزمرة أخرى من الجرائم يمكن أن تكون محل صلح سواء بين طرفيها أو بين المشتبه به والنيابة العامة، ونظرا لجنوحه نحو التوسع في المقاربة التصالحية فإن المشرع حاول أن يترك الباب مفتوحا لإضافة جرائم أخرى غير التي عددها أعلاه لتنضاف لزمرة الجرائم المتصالح بشأنها. الأمر الذي يدل على النية

الأكيدة والرغبة المتزايدة للمشرع المغربي في اعتماد الطرق البديلة في المجال الزجري.

2. تواري سلطة قضاء الموضوع في مجال الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية:

مما يثير الانتباه في المستجدات المنتظرة أن المشرع عمل على جعل مسطرة الصلح من اختصاص النيابة العامة حصريا، من غير إمكانية إدخال اية جهة قضائية أخرى سواء أكانت رئيس المحكمة أو قضاء الموضوع، وهو ما يظهر من خلال خيار الاستغناء عن مسطرة التصديق المعمول بها حاليا بموجب المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية. ولعل من شأن هذا التوجه أن يخفف من تعقد المساطر القضائية وينسجم مع الفلسفة التي تقوم عليها سياسة المصالحة والتي تتسم بالسرعة والفعالية.

3. تأثير مسطرة الصلح على التقادم:

من المستجدات المنتظرة في قانون المسطرة الجنائية، أن المشرع قد عمل على جعل مسطرة الصلح مسطرة قضائية عندما جعل لها تأثير على أمد تقادم الدعوى العمومية.

وهكذا فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1- 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على أنه «تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء يرمي إلى إجراء الصلح أو إلى تنفيذه»؛

وبذلك فإن الملاحظ أن المشرع جعل للإجراءات التي تباشرها النيابة العامة بخصوص مسطرة الصلح أثرا في تقادم الدعوى العمومية يترتب عنها وقف سريان أمد التقادم، كأن المشرع أحدث صورة جديدة للقاعدة المنصوص عليها في الفقرتين السابعة والثامنة من المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية.

وإذا كانت تلك أهم المستجدات التي رصدناها بخصوص الصلح كبديل من بدائل الدعوى العمومية، فإن المستجدات التي عرفتها إجراءات السند التنفيذي لا تقل أهمية

عما ذكر الشيء الذي يكون مناسبا معه التطرق لأهم الخطوط العريضة للمستجدات التي ستعرفها هذه الإجراءات.

الفقرة الثانية:

تغييرات مهمة مرتقبة في مجال السند الإداري التصالحي في

المخالفات والجنح كبديل للدعوى العمومية

إن أهم ما يتعلق بالتعديلات المرتقبة في مجال السند التنفيذي يتصل إما بالجرائم التي يمكن أن تكون محل سند تنفيذي، أو بالجهات المتدخلة في مسطرته وكذا في شكلياته.

أولا:

اتساع نطاق الجرائم المشمولة بالسند التنفيذي

لم يعد المشرع مقتصرا حصرا على المخالفات لتكون محلا للسند الإداري التصالحي، وإنما عمل على الزيادة في نطاق الجرائم التي يمكن أن يشملها السند المذكور، وهكذا فقد أضاف المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة - 1 383 من مشروع قانون المسطرة الجنائية فئة جديدة من الجرائم التي يمكن أن تكون محل سند إداري تصالحي صادر عن الإدارات التي يتبع لها محررو المحاضر المثبتة لتلك الجرائم التي تتمثل في الجنح التي يعاقب عليها القانون بغرامة مالية فقط من غير أي تحديد لسقف هذه الغرامة شريطة أن تكون مندرجة في القوانين المتعلقة بنطاق اختصاص الإدارات التي يتبع لها محررو المحاضر.

وعليه فإن إدماج هذا العدد من الجرائم في صلب زمرة الجرائم التي يمكن أن تكون محلا للسند التنفيذي من شأنه التخفيف من العبء الذي يتحمله القضاء، بشقيه النيابة العامة والحكم، للبت والفصل في القضايا المتعلقة بها.

ثانيا:

ظهور جهات غير قضائية أسندت لها سلطة إصدار السندات التنفيذية

زيادة على النيابة العامة التي بقيت محتفظة باختصاصها الأصلي في إصدار سندات تنفيذية متعلقة بالمخالفات عموما كما هو عليه القانون الجاري به العمل، فإن المشرع مكن، بموجب الفقرة الثانية من المادة -1 383 من الصيغة المقترحة لمشروع قانون المسطرة الجنائية المؤرخ في نونبر 2021، لمجموعة من الإدارات إمكانية إصدار السندات الإدارية التصالحية بشأن الجرائم التي تدخل في مجال اختصاصها.

وهكذا فقد أوكل المشرع للأعوان المنتمين للإدارات التي تتولى تدبير بعض القطاعات العمومية التي من المحتمل ارتكاب جرائم تدخل في مجال اختصاصها مهمة إصدار سندات إدارية تصالحية على غرار ما للنيابة العامة في هذا المجال، الشيء الذي يظهر معه أن المشرع وسع من دائرة الفاعلين في مجال العدالة التصالحية في المجال الزجري، مع ما قد يترتب عن هذا الخيار من تخفيف العبء على القضاء.

ثالثا:

تغييرات همت شكليات السند الإداري التصالحي

يستفاد من المقتضيات الجديدة المقترحة أن المشرع قد تفهم أهمية الزمن في الاستجابة للسندات التنفيذية، وهكذا فقد رفع من السقف الزمني الذي يمكن خلاله للمخالف أو المعني بالجريمة أن يؤدي مبلغ الغرامة المقترحة عليه والتي لا يجب أن تتجاوز الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها قانونا.

وبخصوص الشكليات المقترحة والتي يجب مراعاتها عند إصدار السند التنفيذي، ما يتعلق بالإشارة إلى حق المخالف في الرفض وإلى إمكانية المنازعة وإلى العقوبة المقررة وفقا للفقرة الثالثة من المادة - 1 383 والتي تلزم المحكمة التي ستنظر في الدعوى العمومية في حالة تحريكها بألا تقضي بغرامة يقل مبلغها عن ثلثي مبلغ الغرامة المقررة قانونا.

ونرى أن المشرع حاول من خلال هذه المقترحات أن يوازن بين حق المخالف في المنازعة احترما لمبدأ الشرعية الجنائية من جهة، وأن تجبره على الاستجابة للسند التنفيذي وسلوك المساطر البديلة للدعوى العمومية عندما ألزم الجهة المصدرة للسند التنفيذي بأن تضمنه الإشعار المتعلق بمبلغ الغرامة المحتمل الحكم على المخالف به في حالة رفضه للاستجابة، الشيء الذي يجعل هذا الأخير مجبرا على التنفيذ إذا ما لم تكن له أية منازعة جدية بخصوص المخالفة أو الجريمة موضوع السند التنفيذي.

كما نرى أن المشرع لما أعطى للمخالف حق المنازعة في السند التنفيذي فإنما حد من السلطة التي يمكن أن تتعسف فيها الجهات الموكول لها أمر إصدار السند التنفيذي، وجعل القضاء ملجأ أخيرا للمخالف لتفادي كل تغول للإدارة في هذ الصدد والتي تبقى على كل حال غير مختصة لإلزام المعني بالأمر بتنفيذ الغرامة المقترحة، إذ عليها كلما تبين عدم استجابة المخالف للسند التنفيذي داخل الأجل القانوني أن تحيل القضية للنيابة العامة المختصة قصد مباشرة إجراءات التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 380 من قانون المسطرة الجنائية الحالي مع ما يترتب عن ذلك من تأثير على قرار تحريك الدعوى العمومية وفق ما أسلفنا التطرق إليه.

خلاصة:

إن الحديث عن المساطر البديلة للدعوى للعمومية سيبقى متشعبا، ومتفرع المشارب وذو راهنية متجددة خاصة وأن المقاربات الحقوقية التي تحاول التشريعات تبنيها، والجهود التي تبذلها الدول للوفاء بالتزاماتها الدولية في مجال العدالة الجنائية، وعلى رأسها تبني المقاربة التصالحية، من شأنها إعطاء الفرصة للقضاء الوطني للتفرغ للقضايا الأكثر تعقيدا، سيما في ظل حقبة زمنية أصبح فيها القضاء مطالبا أكثر من أي وقت مضى بالاهتمام بقضايا غير تقليدية من شأنها المساهمة في إعادة تنظيم العلاقات ليس على صعيد الأفراد فقط وإنما على صعيد الدول أيضا.

سلوك المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات .VI

الصفقات العمومية بين الإلزامية والاختيارية

من إعداد الأستاذ رشيد زيان

إطار بالوكالة القضائية لمملكة

مقدمة

بالنظر لأهمية ومزايا الوسائل البديلة لفض المنازعات الإدارية، عمد المشرع المغربي إلى تنويع هذه الوسائل، أملا منه في حل وتسوية ما أمكن من المنازعات المثارة بين الإدارة والأفراد بالطريق الإداري الودي.

وتختلف هذه الوسائل باختلاف مجال تطبيقها، حسب ما إن كان الأمر يهم دعوى الإلغاء، أو يهم دعوى القضاء الشامل.

فإذا تعلق الأمر بدعوى الإلغاء فقد خول المشرع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، والفقرة الثانية من الفصل 360 من ق م م، إمكانية تقديم المعني بالأمر تظلما من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه.

والتظلم:

الإداري هو طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري سبق صدوره، أملا في إمكان حل النزاع وديا دون خصومة قضائية.

وبذلك تتمثل الحكمة من وراء وجود نظام التظلم الإداري، إتاحة الفرصة للأفراد ليتظلموا

(1) لكي ينتج التظلم آثاره، يجب تقديمه داخل الأجل القانوني، إذ ورد بهذا الخصوص في قرار صادر عن محكمة

النقض

مايلي:
» وأن التظلم حتى ينتج آثاره يجب أن يقدم داخل الأجل القانوني، فتقديم المطلوبين لتظلم خارج أجل الطعن لا يمكن أن

يفتح لهم أجلا جديدا لمناقشة قرارات تحصنت بفوات أجل الطعن فيها، احتراما لمبدأ استقرار الأوضاع الإدارية، وجواب الإدارة

عن تظلمهم لا يغير من الأمر شيئا، مادام أنها اكتفت فيه بالتشبت بقرارها السابق، والمحكمة بعدم مراعاتها لما ذكر رغم ما

قد يكون له من تأثير على نتيجة قرارها، جعلته خارقا للمقتضى المحتج بخرقه عرضة للنقض («القرار الصادر عن محكمة

النقض رقم 41/2 بتاريخ 19/01/2017 موضوع الملف الإداري عدد 1484/4/1/2015 (غير منشور).

(2) ذ. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1995، ص 65.

(3) ذ. شريف أحمد يوسف بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دراسة تحليلية مقارنة، مركز الدراسات العربية

للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص 295.

- ذ. ماجد راغب الحلوء م س، ص 321.

إلى الجهة الإدارية قبل التوجه إلى القضاء الإداري، ومنح الإدارة فرصة لإعادة النظر فيما أصدرته من قرارات إذا اقتنعت بوجهة نظر مقدم التظلم، فيمكن ذلك حل الكثير من المنازعات بطريقة ودية دون تدخل القضاء، كما أن ذلك يمكن الإدارة من سحب قرارها أو تعديله، وهو ما لا يمكن إدراكه عن طريق القضاء الذي يقتصر دوره في الأصل على رقابة المشروعية، وبذلك تتحقق مصلحة الطرفين معا:
الأفراد والإدارة.

وعلى غرار تنظيم المشرع للتظلم في مجال الإلغاء من أجل حل النزاع وديا دون اللجوء إلى القضاء، قام أيضا في مجال القضاء الشامل بسن مجموعة من المساطر والتي تروم تحقيق نفس الهدف، وهو التسوية الودية لفض النزاع.

ومن ذلك ما ورد تحديدا في القوانين المرتبطة بمجال الصفقات العمومية سواء مرسوم!

الصفقات العمومية لسنة 2013، أو المرسوم2 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط

الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف

على الأشغال المبرمة لحساب الدولة، أو بالنسبة للمرسوم المتعلق بالمصادقة على دفتر

الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة سواء

الصادرة سنة 2000 أو الصادر* سنة 2016.

وقد تضمنت هذه القوانين مجموعة من الآليات الهادفة إلى التسوية الودية، تحت

تسميات مختلفة، يمكن تجميعها فيما أصطلح عليه المسطرة الإدارية السابقة عن

(1) المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، المنشور

بالجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013) ص 3023.

(2) المرسوم رقم 2.01.2332 الصادر في 22 من ربيع الأول 1423 (4 يونيو 2002) بالمصادقة على دفتر الشروط

الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة،

المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5010 بتاريخ 6 يونيو 2002 الصفحة 1800.

(3) المرسوم رقم 2.99.1087 الصادر في 29 من محرم 1421 (4 ماي 2000) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة

المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ فاتح يونيو 2000 ص 1280.

(4) المرسوم رقم 2.14.394 الصادر بتاريخ 6 شعبان 1437 (13 ماي 2016) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة

المطبقة على صفقات الأشغال، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6470 بتاريخ 2 يونيو 2016 ص 4111.

(5) استعمل المشرع فى المادة 169 من مرسوم سنة 2013 مصطلح الشكاية، وفي دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000

في مادتيه 44 و 45 ودفتر 2016 في مادتيه 48 و 49 طلب التعويض أو الفسخ، كما استعمل فى المادتين 71 و 72 من دفتر

سنة 2000 والمادتين 53 و 54 من دفتر سنة 2002 مذكرة مطالب، ثم التظلم، كما استعمل في المادة 81 من دفتر سنة

2016 مصطلح الشكاية.

المطالبة القضائية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، والتي تهدف إلى تمكين صاحب المشروع من إبداء موقفه من المطالب التي يبديها صاحب الصفقة من أجل محاولة تسويتها وديا قبل عرض النزاع أمام القضاء، في حال فشل هذه التسوية.

ومن بين تطبيقات هذه المسطرة ما خوله المشرع للمتنافسين في مجال الصفقات العمومية من إمكانية توجيه شكاياتهم إلى صاحب المشروع في حالة المنازعة في أسباب إقصاء عروضهم من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة، أو المسطرة المخولة لصاحب الصفقة من أجل المطالبة بالتعويض أو الفسخ في حالة تأجيل تنفيذ الأشغال أو توقيفها، وكذا مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات قبل اللجوء إلى القضاء.

وإذا كانت هذه المقتضيات قد حددت إطارا لصاحب المشروع، وصاحب الصفقة لتسوية النزاعات التي قد تطرأ فيما بينهم على المستوى الإداري، فإن الإشكال الرئيسي الذي أثارته على مستوى الممارسة العملية هو بشأن طبيعة هذه المسطرة، وما إن كانت إلزامية ويعد ممارستها شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى، أو أنها لا تعدو أن تكون مكنة إضافية لصاحب الصفقة لمراجعة صاحب المشروع لتسوية النزاعات إن شاء استعملها، وإن لم يختر ذلك فله أن يسلك طريق المطالبة القضائية مباشرة.

والسؤال البديهي الذي يطرح في تحديد طبيعة هذه المسطرة، هو حول مدى تنصيص المشرع على ترتيب آثار قانونية على عدم سلوكها من عدمه؟

جوابا على هذا السؤال، لئن جاء التظلم في مجال الإلغاء على سبيل الجواز كما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا نفس الفقرة2 من الفصل 360 من ق م م، وهو ما أكده الفقه أيضا، والذي يعتبر التظلم

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على ما يلي:
«ويجوز للمعنيين بالأمر أن يقدموا،
قبل انقضاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة، تظلما من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه ((.

(2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 360 من ق م م على ما يلي:
« غير أنه يمكن للمعنيين بالأمر قبل انصرام الأجل المحدد
للطعن النزاعي أن يرفعوا تظلما استعطافيا إلى السلطة التي أصدرت المقرر أو إداريا إلى التي تعلوها مباشرة ((.

(3) - ذ. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة سنة

1998، ص 280.

- ذ. شريف أحمد يوسف بعلوشة، م س، ص 293.

الإداري فكرة جوازية واختيارية كأصل عام، وبالتالي لا يعتبر شرطا من شروط قبول دعوى

الإلغاء.

وإذا كان الأمر كذلك من حيث المبدأ، فالملاحظ أن المشرع المغربي وبموجب نفس

المقتضيات أي المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية في فقرتها الرابعة!،

والفصل 360 من ق م م في فقرته الرابعة:
أيضا، قد نص على أنه إذا كان هناك إجراء أو

مسطرة خاصة بشأن بعض الطعون الإدارية، فإن طلب الإلغاء القضائي لا يقبل إلا إذا

استنفذ هذا الإجراء واتبعت المسطرة الخاصة.

وبالتالي هل الطعن بالإلغاء في قرار الإقصاء من الصفقة يستلزم بالضرورة سلوك المسطرة

الإدارية المنصوص عليها في المادة 169 من مرسوم الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى

القضاء تطبيقا للمقتضيات المذكورة أعلاه، أو أن الأمر لا يقتضي ذلك؟

هذا ما ستتم معرفته من خلال استحضار ما جرت به الممارسة العملية للقضاء الإداري.

أما بخصوص طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى

قضاء التعويض، فهي لا تخلو أيضا من إشكالات، انطلاقا من المقتضيات المنظمة لها،

وباقي المقتضيات الأخرى ذات الصلة.

وهكذا فالمستفاد من القراءة الأولية للمقتضيات القانونية المنظمة لهذه المسطرة أن الأمر

يهم مسطرة إلزامية وضرورية سابقة عن أي مطالبة قضائية، وذلك ما يظهره حرص المشرع

على تنظيم شكلياتها وإجراءاتها وربطها بآجال محددة، وترتيبه عن انصرامها سقوط

مطالب صاحب الصفقة.

(1) تنص الفقرة الرابعة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على مايلي:
«إذا كان نظام من الأنظمة ينص

على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولا إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد

استنفاذ هذا الإجراء وداخل نفس الآجال المشار إليها أعلاه «.

(2) تنص الفقرة الرابعة من الفصل 360 من ق م م على مايلي:
«إذا كانت النصوص التنظيمية الجاري بها العمل تنص على

مسطرة خصوصية للطعن الإداري فإن طلب الإلغاء لا يقبل إلا بعد إتباع المسطرة المذكورة وضمن الآجال المنصوص

عليها أعلاه «.

لكن إذا صح القول بإلزامية هذه المسطرة، ألا ينطوي ذلك على تقييد للحق في اللجوء إلى القضاء كحق دستوري! أصيل يجب أن يجرد ويحرر من الشكليات غير الجوهرية التي تعيق الولوج إليه - القضاء - ، وبالتالي ألا يعد ذلك تقييدا على ممارسة صاحب الصفقة لحقه في التقاضي بكل حرية ودون شروط مسبقة، والتي يتوجب تفاديها باعتبارها من رواسب الماضي ، أو اعتبار أن حق اللجوء إلى القضاء لئن كان حقا دستوريا فإنه منظم بمقتضى قوانين يعتبر القضاء ملزما" بتطبيقها، وبأن تنظيم المشرع لمسطرة سابقة عن ممارسة حق التقاضي ليس معناه الحد من ممارسة هذا الحق، بل يهدف إلى تنظيم ممارسته ليس إلا، وهو ما لا يتعارض مع إقراره؟

وانطلاقا من كل هذا وذاك سيتم التطرق إلى هذا الموضوع من خلال ما أفرزته الممارسة العملية للمحاكم الإدارية، مستحضرين في ذلك ضرورة الموازنة بين مصالح مختلفة، فمن جهة استحضار مزايا سلوك هذه المسطرة في حل الكثير من نزاعات الصفقات العمومية بطريقة ودية دون تدخل القضاء، وما ينتج عن ذلك من تخفيف العبء عن هذا الأخير، ومن جهة ثانية الحرص على عدم ضياع حقوق صاحب الصفقة.

(1) تنص الفقرة الأولى من الفصل 118 من الدستور على مايلي:
« حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه

وعن مصالحه التي يحميها القانون ((.

(2) هناك من يعتبر التظلم عموما راسبا من رواسب نظرية الوزير القاضي في فرنسا، إذ كان الأمر يستلزم اللجوء

أولا إلى

الطعن أمام الإدارة قبل الذهاب إلى مجلس الدولة، أنظر في هذا السياق:

- ذ. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، السنة الثالثة، سنة 2005،

ص 327.

- ذ. محمد الصغير بعلى، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة سنة 2005، ص 202.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 110 من الدستور على ما يلي:

« لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام

القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون ((.

وينص الفصل 117 من الدستور على ما يلي:

« يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم

القضائي، وتطبيق القانون «.

(4) ذ. عبد الحق فيكري الكوش، التظلم الإداري في القانون العام المغربي دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون

العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية - 2017 2018، ص 9.

وكل هذا ستتم مقاربته من خلال تحديد طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات

العمومية عبر المبحثين التاليين:

المبحث الأول:

طبيعة المسطرة الإدارية للمنازعة في أسباب إقصاء العروض ومسطرة

التعويض عن توقف الأشغال

تولى المشرع بموجب المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، وكذا دفتر الشروط الإدارية

العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، تنظيم بعض المساطر

الإدارية الرامية إلى فض نزاعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك سواء

تعلق الأمر بنزاعات تهم قرارات صادرة قبل مرحلة تكوين عقد الصفقة، أو بقرارات لاحقة

عن ذلك.

ومن المساطر التي ترتبط بالقرارات السابقة على مرحلة تكوين العقد أذكر على وجه التحديد المسطرة المرتبطة بالمنازعة في أسباب إقصاء عروض المتنافسين التي نظم المشرع إجراءاتها، وآجال سلوكها، وذلك قبل عرض المنازعة على القضاء الإداري لفرض رقابته على هذه القرارات إلغاء وتعويضا.

ولكن قبل الوصول إلى مرحلة فرض القضاء الإداري لرقابته على هذه القرارات، يكون من المهم تحديد ومعرفة موقفه من طبيعة هذه المسطرة الإدارية القبلية، وما إن كانت إلزامية قبل اللجوء إلى القضاء أو ليست كذلك، وفق ما سنعرفه على مستوى (المطلب الأول).

وإذا كان المشرع قد خول لصاحب المشروع سلطة الأمر بتأجيل الأشغال أو توقيفها، فإنه قد خول بالمقابل للمقاولة الحق في المطالبة بالتعويض أو الفسخ حسب الأحوال، ووضع مسطرة إدارية بضوابط خاصة على المقاول سلوكها، وهو ما يقتضي منا أيضا معرفة موقف

القضاء الإداري من طبيعتها، لما لها من آثار مهمة في تسوية هذه النزاعات بصفة ودية، وفق ما سأبينه من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

طبيعة مسطرة المنازعة في أسباب إقصاء عرض المتنافس

بالرجوع إلى مقتضيات المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، يلاحظ أن المشرع قد نظم مسطرة خاصة لتمكين كل متنافس من سلوكها في حالة منازعته في أسباب إقصاء عرضه (الفقرة الأولى) والكيفية التي نظمت بها هذه المسطرة تقتضي منا البحث في الآثار المترتبة عن عدم مباشرتها، ولاسيما معرفة موقف القضاء الإداري من طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :

التنظيم القانوني لمسطرة المنازعة

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 169 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، يلاحظ أن المشرع نظم مسطرة إدارية يتعين على كل متنافس سلوكها في حالات محددة من ضمنها حالة منازعته في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض، أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع.

وقد جاء ضمن هذه المادة ما يلي:

« يجوز لكل منافس أن يوجه شكايته كتابة إلى

صاحب المشروع المعني إذا:

1 - ...

2 - ...

3- نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة التي تم تبليغها

إليه من طرف صاحب المشروع طبقا للمواد 44 و61 و82 و110 و127 أعلاه؛

.

وقد حدد المشرع أجلا لممارسة هذه المسطرة، إذ أوجب على المتنافس أن يقدم شكايته

داخل أجل خمسة 5 أيام، تحسب من تاريخ تسلم الرسالة المضمونة التي تتضمن التبليغ

بسبب الإقصاء.

وعلى صاحب المشروع أن يخبر المشتكي بالجواب الذي خصص لشكايته داخل أجل

خمسة أيام، ابتداء من تاريخ تسلم الشكاية المذكورة.

وإذا لم يقتنع المشتكي بجواب صاحب المشروع، يمكنه خلال أجل خمسة 5 أيام

إبتداء من تاريخ تسلم جواب صاحب المشروع، أن يرفع بحسب الحالة شكايته إلى

الوزير المعني بالنسبة لصفقات الدولة، أو إلى وزير الداخلية بالنسبة لصفقات الجهات

والعمالات والأقاليم والجماعات.

ويمكن للوزير المعني أو لرئيس مجلس الإدارة المعني حسب مرحلة المسطرة إما:

أ) أن يأمر بالقيام بتصحيح الخلل المثبت؛

ب) أن يقرر إلغاء المسطرة.

كما أنه بإمكان الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية، قبل تقرير

الإلغاء أن يتم الأمر بإيقاف مسطرة الدعوة إلى المنافسة لمدة لا تفوق 10 أيام كحد

أقصى شريطة:

- أن تكون الشكاية صحيحة وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يلحقه ضرر

إذا لم يتم توقيف المسطرة؛

- ألا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين.

إلا أنه يمكن لاعتبارات استعجالية تهم الصالح العام تقرير متابعة مسطرة إبرام الصفقة.

ويجب أن ينص كل مقرر اتخذ طبقا لهذه المادة على الأسباب والظروف التي أدت إلى اتخاذه، ويجب أن يدرج هذا المقرر في ملف الصفقة.

وفي جميع الحالات يتعين على الوزير المعني أن يجيب على شكاية المتضرر داخل أجل لا يزيد عن ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام الشكاية.

وإذا كان المشرع قد نظم بإحكام هذه المسطرة في عمومها سواء من حيث حالات اللجوء إليها، وشكلياتها وآجالها، والجهات التي تقدم أمامها، فإن التساؤل هو حول طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية؟

هذا ما سنبحثه من خلال معرفة موقف القضاء الإداري في الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية:

موقف القضاء الإداري من طبيعة مسطرة المنازعة في أسباب الإقصاء

من المعلوم أن القرارات الصادرة عن الإدارة خلال المرحلة التمهيدية لعملية التعاقد، وقبل إبرام العقد - كما هو الشأن بالنسبة لقرار الإقصاء - هي قرارات صادرة عنها بوصفها سلطة عامة لا سلطة تعاقد، ومن ثمة فهي قابلة للطعن بالإلغاء متى توافرت فيها شروط قبول دعوى الإلغاء، ومنها شرط إحترام إجراءات وآجال محددة.

ومن المعلوم أيضا أنه إذا كان هناك نظام من الأنظمة ينص على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية، فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولا إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد استنفاذ هذا الإجراء طبقا لمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل هذا معناه أن قبول دعوى الإلغاء في هذه الحالة رهين أيضا باستنفاذ المسطرة الإدارية للمنازعة في أسباب الإقصاء، أو أن عدم مباشرة ذلك يبقى عديم التأثير، ومن ثمة القول بأن هذه المسطرة هي اختيارية وليست إلزامية؟ ثم هل سلوك هذه المسطرة يهم دعوى الإلغاء فقط أو يشمل أيضا دعوى التعويض؟

جوابا على السؤال الأخير اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس:
أن هذه المسطرة تهم دعوى

الإلغاء، ولا تتعلق بدعوى التعويض، إذ جاءت حيثية هذا الحكم وفق ما يلي:

« حيث دفع السيد الوكيل القضائي بكون عدم سلوك المدعيتين مسطرة المطالبة الإدارية كما يوجبها القانون.

لكن حيث إنه إذا كان القانون المنظم للصفقات العمومية قد نظم إجراءات المسطرة الإدارية التي يتعين على المتنافس المتضرر احترامها، فإنه وفضلا عن كون تلك الإجراءات إنما تخص دعوى الإلغاء، ولا تتعلق بدعوى التعويض الإداري التي اختارت المدعيتان رفع الدعوى في إطارها (...)».

أما بشأن طبيعة هذه المسطرة فقد اعتبرتها محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط جوازية، ولا تحول دون حق المقاولة في المطالبة بالتعويض، وقد جاءت حيثية2 قرار هذه المحكمة كما يلي:

«وحيث من جهة ثانية وخلافا لما تمسك به الوكيل القضائي فإن المادة 169 من المرسوم رقم -349 -12 2 الصادر بتاريخ -20 -3 2013 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة جاءت بصيغة الجواز لما نصت على أنه « يجوز لكل متنافس أن يوجه شكايته كتابة إلى صاحب المشروع المعني إذا:

(1) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 442 بتاريخ 12/04/2016 موضوع الملف عدد 31/7114/2015)
غير منشور).

(2) - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017 (غير منشور).

1 - ...

2 - ...

نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع طبقا للمواد 44 و61 و82 و110 و127 أعلاه ...))، الأمر الذي يجعل من المسطرة الإدارية المحتج بها جوازية ولا يترتب عن عدم احترامها سقوط حق المستأنف عليهما في اللجوء إلى المحكمة، والمطالبة بالتعويض عن قرار إقصائهما من الصفقة، مما يظل معه ما أثير في هذا الصدد هو الآخر غير مؤسس ويتعين استبعاده «.

ويتفرع عن موقف المحكمة القاضي بالاستجابة لطلب التعويض تساؤلين أساسيين، الأول يهم مدى إمكانية تعويض المتنافسين إذا لم يقبل عرضهم؟ وإذا كان الأمر ممكنا، فهل يجوز المطالبة بالتعويض مباشرة وقبل إلغاء القرار، أو أن الاستجابة لطلب التعويض رهين بإلغاء قرار الإقصاء؟

جوابا على السؤال الأول، الملاحظ أنه بالرغم من وجود مقتضى قانوني ينص على عدم إمكانية مطالبة أي متنافس بالتعويض إذا لم يقبل عرضه - الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 44 من مرسوم الصفقات العمومية - فإن القضاء الإداري! اعتبر تطبيق هذا المقتضى، إنما يكون في الحالة التي تحترم فيها الإدارة ضوابط المنافسة الحرة والشريفة وقواعد الشفافية في اختيار المتنافس الكفء والأصلح، ومن ثمة كلما تبين له بأن الإقصاء غير قانوني فإنه يستجيب لطلب التعويض لجبر الضرر.

أما بخصوص مدى إمكانية المطالبة بالتعويض عن عدم مشروعية قرار الإقصاء مباشرة

(1) - أنظر نموذجا:

الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 560 بتاريخ 22/05/2017 موضوع الملف عدد 21/7114/2017 (غير منشور).

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017

(غير منشور).

وقبل الطعن فيه بالإلغاء، فالمحاكم الإدارية قد اختلفت في توجهها على غرار اختلافها

بشأن المسؤولية عن القرارات الإدارية بشكل عام.

وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط، في حكمين صادرين عنها إلى التصريح بعدم قبول الدعوى، بعلة أن التعويض في دعاوى المسؤولية الإدارية عن القرارات الإدارية، رهين بثبوت عدم مشروعية القرار بعد الطعن فيه بالإلغاء داخل الأجل، وهو الأمر الذي لم يكن متحققا في النازلة المعروضة أمامها.

إلا أنها تراجعت عن هذا الموقف في حكم لاحق اعتبرت فيه بأن طريق التعويض يبقى خيارا مفتوحا لا يمكن منعه أو تقييده بشرط إقامة دعوى الإلغاء، مادام أن الدستور كفل حق التقاضي للجميع، ولا يمكن تقييده إلا في إطار القانون، لكنها أوجبت على من اختار طريق التعويض دون دعوى الإلغاء، إثبات خطأ الإدارة في تطبيق القانون الموجب لانعقاد مسؤوليتها، وتحمل نتائج هذا الاختيار.

وقد جاءت حيثية هذا الحكم وفق ما يلي:

«وحيث إن المدعية لما استنكفت عن إقامة

دعوى الإلغاء ضد قرار إقصائها من الصفقة مع أنه قرار منفصل عن العقد يجوز الطعن فيه في إطار دعوى الإلغاء كما سبق بيانه أعلاه، مع بيان وسائل الطعن المستمدة من عيوب القرار الإداري إما استقلالا أو في إطار دعوى واحدة تشمل الإلغاء والتعويض، كما لم تبادر إلى طلب وقف تنفيذه وفق ما يسمح به القانون المحدث للمحاكم الإدارية في مادته الرابعة والعشرين، ومادامت الإدارة لا تسأل إلا عن القرارات غير المشروعة، فإنه في ظل عدم صدور حكم يقضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل والمؤثر في المركز القانوني للمخاطب به، لا يمكن في ظل ما ذكر حمل قرار الإدارة بإقصاء المدعية من

(1) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 966 بتاريخ 25/3/2015 موضوع الملف عدد 120/7114/2014)

غير منشور).

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 967 بتاريخ 25/3/2015 موضوع الملف عدد 121/7114/2014 (غير

منشور).

(2) - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1315 بتاريخ 11/4/2017 موضوع الملف رقم 224/7114/2016

(غير منشور).

العروض على عدم المشروعية، مادام الأصل في القرارات الإدارية سلامتها ومشروعيتها، وأن القرارات السليمة لا تولد الحق في التعويض، علما أنها لم تنازع عبر المسطرة الإدارية في أسباب الإقصاء وفق الكيفية وداخل الأجل المقرر في المرسوم المنظم للصفقات العمومية، ويبقى إثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما المدخل الوحيد للقول باستحقاق التعويض المطالب به في إطار دعوى المسؤولية الإدارية.

(...).

وحيث إنه بخصوص الضرر المطالب بالتعويض عنه (...) أن المدعية تتحمل كامل مسؤوليتها عن الامتناع عن سلوك طريق الطعن بالإلغاء قبل مباشرة دعوى التعويض في إطار القضاء الشامل، ولأن الأضرار المدعى بها ثبت أنها ناتجة في جزء منها عن عدم التزام المدعية بشكل الصفقة المعلن عنه من طرف الإدارة، كما أن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 44 من المرسوم السالف الذكر، لا تخول للمتنافس الذي تم إقصاء طلبه حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة المصاريف التي تكبدها لنيل الصفقة، ولا يحق لمن تم إقصاؤه سوى استرجاع الضمانة المؤقتة، فإن العلاقة السببية بين الضرر المطالب به والخطأ المدعى نسبته للإدارة تبقى غير قائمة، ويتعين بالتالي الحكم برفض الطلب لانتفاء عناصر المسؤولية الإدارية «.

ولئن كانت المحكمة الإدارية بفاس تقر بأن عدم الطعن بالإلغاء في قرار الإقصاء واستصدار حكم نهائي بعدم مشروعيته، يفقد المعني بالأمر حق المطالبة بالتعويض

(1) - ذ. عمر التازي، نزاعات الصفقات العمومية من خلال العمل القضائي للمحكمة الإدارية بفاس، سلسلة الايام الدراسية لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، العدد السادس، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2020، ص 195.

عن هذا القرار، إلا أنها تراجعت عن ذلك، معتبرة أنه يكفي أن تتحقق عدم مشروعية القرار عند النظر في دعوى التعويض، وأن القول بخلاف ذلك لا يستقيم وقواعد العدل

والإنصاف، وفيه تقييد لمبدأ الحق في التقاضي.

وفي نفس الاتجاه اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأنه لئن كان قرار الإقصاء من الصفقة قرار منفصل عن العملية التعاقدية، ويقبل الطعن فيه بالإلغاء، فإن المعنية بالأمر غير مجبرة على تقديم دعوى تهدف إلى الحكم بإلغاء القرار المذكور قبل تقديم طلب التعويض عنه، بل يحق لها اللجوء مباشرة إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها.

ولئن اعترفت محكمة النقض3 - في إطار تسوية الوضعية - بحق الخيار بين سلوك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل، إلا أنها قيدت ذلك بعدم تجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء، والانتقال إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل، والحال أن القصد هو الوصول إلى إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعد مرور الآجال المحددة قانونا.

(1) - أنظر نموذجا:

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 442 بتاريخ 12/04/2016 موضوع الملف عدد 31/7114/2015 (غير

منشور).

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 560 بتاريخ 22/05/2017 موضوع الملف عدد 21/7114/2017 (غير

منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 بتاريخ 26/03/2018 في الملف عدد 447/7207/2017

(غير منشور).

(3) القرار الصادر عن محكمة النقض عدد - 41 2 بتاريخ 19/01/2017 موضوع الملف الإداري عدد 1484/4/1/2015 (غير منشور).

المطلب الثاني:

طبيعة مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها

لئن خول المشرع لصاحب الصفقة إمكانية المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها على حسب الأحوال، فإنه نظم مسطرة لذلك بضوابط معينة على المتضرر سلوكها (الفقرة الأولى) وإن كانت طبيعة هذه المسطرة قد أثارت ترددا على مستوى عمل القضاء الإداري، وذلك حول ما إن كانت إلزامية يحول عدم التقيد بها عن اللجوء إلى القضاء، أو مسطرة ودية اختيارية، كما سنرى ذلك من خلال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

ضوابط مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ عن تأجيل الأشغال

أو توقيفها

لقد وضع المشرع مسطرة خاصة للمطالبة بالتعويض عن تأجيل الأشغال أو توقيفها:

،

وذلك سواء من خلال المادتين 44 و45 من المرسوم المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2000، وتقابلهما المادتين 48 و 49 من المرسوم الجديد لسنة 2016.

وقد وضعت المادتين 44 من مرسوم سنة 2000 و48 من مرسوم سنة 2016 فرضيتين من أجل الحصول على التعويض، أو المطالبة بفسخ عقد الصفقة، استنادا إلى مدة التأجيل، وذلك حسب الحالتين التاليتين:

(1) عرفت المادة 48 من دفتر سنة 2016 تأجيل تنفيذ الأشغال بأنه:

«تعليق جزئي أو كلي لتنفيذ الأشغال يقرره صاحب

المشروع لمدة محددة ((.

(2) عرفت المادة 49 من دفتر سنة 2016 توقيف الأشغال بأنه:

« وقف نهائي لتنفيذ الأشغال، ويقرر بأمر للخدمة من صاحب

المشروع إما قبل الشروع في تنفيذ الأشغال أو بعده ((.

الحالة الأولى:

تهم تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، وسواء قبل الشروع في تنفيذ

الأشغال أو بعده، إذ يكون من حق المقاول في هذه الحالة التعويض عن المصاريف التي تفرضها عليه حراسة الورش، وعن الضرر المثبت الذي قد يلحقه من جراء هذا التأجيل، وذلك من دون المطالبة بفسخ الصفقة حسب مقتضيات المادة 44.

وعلى المقاول تقديم طلب تعويضه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ كشف الحساب العام والنهائي تحت طائلة عدم قبوله طبقا للمادة 44 أو سقوط الحق بحسب تعبير المادة 48.

الحالة الثانية:

تهم تأجيل الأشغال لمدة تفوق سنة، ويحق فيها للمقاول أن يطلب كتابة فسخ الصفقة مع تعويضه عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التأجيل.

ولا تكون طلبات المقاول سواء المتعلقة منها بالفسخ أو بالتعويض مقبولة إلا إذا قدمت كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال حسب مقتضيات المادة 44 من مرسوم سنة 2000.

وإذا كانت المادة 48 من مرسوم سنة 2016 قد خولت بدورها إمكانية المطالبة بالتعويض والفسخ، واشترطت أيضا تقديم طلب من أجل الحصول على التعويض أو فسخ الصفقة خلال أجل أربعين يوما، فإنها قد ميزت بشأن بداية سريان هذا الأجل - بخلاف المادة 44 التي جعلته يبدأ من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال - إذ يبدأ سريان مدة الأربعين يوما بخصوص طلب الحصول على التعويض من تاريخ تسلمه للأمر بالخدمة الذي يدعوه للاطلاع على الكشف النهائي، أما بخصوص طلب فسخ الصفقة فيحسب بداية من:

- تاريخ إبلاغ الأمر بالخدمة الذي يحدد تأجيل الأشغال لمدة تفوق اثني عشر (12) شهرا،

- اليوم الموالي الذي يبلغ فيه التأجيل مدة اثنى عشر (12) شهرا إذا لم ينص الأمر بالخدمة سوى على تاريخ توقف الأشغال.

وقد رتبت نفس المادة جزاء سقوط الحق عن عدم تقديم الطلب كتابة في أجل أربعين يوما.

هذا بخصوص تأجيل الأشغال، أما بشأن توقيف الأشغال فقد نصت المادة 45 من مرسوم سنة 2000 والمادة 49 من مرسوم سنة 2016 على أنه إذا أمر صاحب المشروع بتوقيف الأشغال تفسخ الصفقة في الحين، وقد تم تخويل المقاول الحق في الحصول على تعويض بطلب منه، إذا تمت معاينة حصول الضرر له بصفة قانونية، شريطة تقديم طلبه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال، تحت طائلة عدم قبول الطلب.

والملاحظ من خلال هذه المقتضيات أن المشرع قد وضع مسطرة إدارية على المقاول التقيد بها من أجل المطالبة بالتعويض أو الفسخ، سواء من حيث آجالها وتاريخ سريانها أو شكلياتها، وهو ما تؤكده الآثار التي رتبها المشرع عن عدم سلوكها.

وهكذا من هذه الضوابط التي حددها المشرع من أجل الحصول على التعويض أو المطالبة بفسخ الصفقة ما يلي:

أولا :

ثبوت تأجيل الأشغال أو توقيفها بموجب أمر بالخدمة صادر عن صاحب المشروع للاستفادة من إمكانية المطالبة بالتعويض أو فسخ الصفقة بسبب تأجيل الأشغال أو توقيفها بحسب الأحوال، من اللازم أن يكون هناك أمر بالخدمة يقضي بالتأجيل أو التوقيف.

وفي هذا الإطار يذهب القضاء الإداري من خلال استجابته للتعويض في الحالات التي يثبت فيها أمامه تأجيل الأشغال أو توقيفها بفعل الإدارة وبأمر منها، ومن ذلك حكم صادر

عن المحكمة الإدارية بأكاديرا والتي استجابت لطلب التعويض بعدما ثبت لها صدور أمر بتوقيف الأشغال بصفة نهائية، دون ثبوت أي إخلال من قبل المدعية، وهو ما اعتبرت معه هذه الأخيرة مستحقة للتعويض عن الأضرار اللاحقة بها نتيجة هذا التوقيف.

وفي مقابل ذلك تم رفض طلب التعويض عن تجميد الآليات في ظل عدم وجود أمر بإيقاف الأشغال، بمبرر غياب أي سند قانوني يمنح الحق في التعويض عن حراسة الورش، خصوصا وأن قيمة أشغال الصفقة تشمل تلقائيا حراسة الورش.

واعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط أن عدم إصدار أمر باستئناف الأشغال بعد ايقافها، يعد خطأ من جانب الإدارة، يخول المقاولة الحق في المطالبة بالتعويض عن

الأضرار الناتجة عن مدة التوقف، ولم تلتفت إلى مبرر الإدارة المتمثل في وجود إكراهات إدارية همت تدبير الصفقة، معتبرة أن ذلك لا ينسجم مع مبدأ استمرارية المرفق العمومي، وبالتالي استبعدت تحميل المقاولة مسؤولية ذلك.

واعتبرت ذات المحكمة أيضا بأن توقيع المقاولة على الأوامر بتأجيل الأشغال الموجهة إليها بدون تحفظ، لا يحول دون أحقيتها في الحصول على التعويضات التي تكون محقة فعلا في الحصول عليها، مادام أنها مؤطرة في إطار الضوابط المنصوص عليها في المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل إصدار هذه الأوامر والتوقيع عليها دون تحفظ من قبل المقاولة، يفيد حتما أن هناك توقفا فعليا بالورش؟

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير رقم 770 بتاريخ 30/03/2021 موضوع الملف عدد 3159/7114/2019

(غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1474 بتاريخ 22/06/2020 موضوع الملف عدد 303/7114/2018

(غير منشور).

(3) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

(4) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018

المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

ودوافع طرح هذا السؤال متأتية مما يلاحظ على المستوى العملي من إصدار صاحب المشروع لهذه الأوامر عن حسن نية قصد تمديد الأجل من أجل مساعدة المقاولة في تجاوز تأخرها في تنفيذ بعض الأشغال، دون أن يكون هناك توقف فعلي وحقيقي لتفاجئ الإدارة بدعاوى ترمي إلى المطالبة بالتعويض عن بعض الأضرار التي تنسب إلى تلك الأوامر بالتوقف غير الفعلية.

وأثارت هذه الوضعية في ظل دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000 إشكالية إثبات عكس هذه الأوامر، أي غياب التوقف، خصوصا إذا لم تسعف محاضر الورش في الإثبات، خلال الفترة التي تغطيها الأوامر غير الحقيقية، علما أن المشرع بموجب الدفتر الجديد لسنة 2016 قد نص بموجب المادتين 48 و49 منه، على وجوب تدوين الأوامر بالخدمة في سجل الصفقة، وفي دفتر الورش.

ثانيا:

تقديم الطلب داخل الأجل القانوني

حدد المشرع للمقاول أجلا لتقديم طلباته سواء تعلق الأمر بتأجيل الأشغال أو بتوقيفها، وسواء تعلق الأمر أيضا بالفسخ أو التعويض، وهو أجل أربعين يوما.

وبذلك يكون دفتر سنة 2016 احتفظ بنفس الأجل الذي كان منصوصا عليه بموجب دفتر سنة 2000 مع اختلاف في التعبير عن الجزاء المترتب عن عدم احترام هذا الأجل، إذ في الوقت الذي نص فيه المشرع بموجب المادتين 44 و 45 من دفتر سنة 2000 والمادة 49 من دفتر سنة 2016 على جزاء عدم قبول طلبات التعويض إذا لم يتم تقديمها داخل الأجل المذكور، فقد تضمنت المادة 48 من دفتر سنة 2016 ترتيب أثر سقوط الحق.

والملاحظ أن موقف القضاء الإداري غير واضح بشكل جلي في تعامله مع ضابط احترام هذا الأجل من عدمه، على غرار موقفه من تفعيل هذه المسطرة ككل، كما سنرى ذلك لاحقا، وأكتفي هنا بتقديم نموذجين على سبيل المثال لا الحصر كما يلي:

المثال الأول:

يتضمن إقرارا بمسؤولية المقاولة عن عدم تفعيلها مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال بما فيها التقيد بأجل الأربعين يوما، إذ جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط! في هذا الصدد ما يلي:

« وحيث إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الأمر بالخدمة المتصل بتوقيف الأشغال واستئنافها والمبلغ إلى المقاولة، أن الأشغال موضوع الصفقة عرف تأجيلا فاقت مدته الإجمالية أجل السنة بما يجعل المقتضى القانوني الواجب الإعمال فيما يخص التعويض عن توقف الأشغال هو الفقرة ب من المادة 44 (...) بما يعني أن الاستجابة لطلب

التعويض المذكور يبقى رهينا بتقيد المقاولة بأجل 40 يوما إما من تاريخ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال أو من اليوم الذي تبلغ فيه المدة الإجمالية للتأجيل سنة، بالنظر إلى أن تقديم المقاولة لطلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المذكور، من شأنه أن يمكن صاحبة المشروع من اتخاذ الموقف المناسب ضمانا لحسن تدبير الصفقة بما يضمن مصالحها ورعيا لحسن استعمال المال العام.

وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف ومعطياته وخاصة الأمر بتوقيف الأشغال الصادرة عن صاحبة المشروع يتضح أن توقف الأشغال موضوع عقد الصفقة بما يعني أن مدة التأجيلات قاربت السنتين 22 شهرا وأن المدعية لم تتقدم بأي طلب تعويض عن الأضرار التي يمكن أن تترتب عن ذلك خلال الأجل القانوني المشار إليه أعلاه، كما أنها كانت بدورها قابلة لهذه الوضعية بالنظر إلى أنها لم تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال ولم تطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة وبمنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات بالاعتماد على الوثائق المثبتة لذلك «.

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2572 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد 191/7114/2015

(غير منشور).

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط! ما يلي:

»(...)

وبحسب المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإذا أمر صاحب المشروع بموجب أمر بالخدمة بتوقيف الأشغال، تفسخ الصفقة في الحين ويمنح تعويض للمقاول إذا تمت معاينة حصول ضرر بصفة قانونية ولا يقبل طلب المقاول إلا إذا قدم كتابة داخل أجل 40 يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال، وبالتالي مادام قد تبت من خلال وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنفة تقر بتوقيفها مؤقتا بصورة شفوية من طرف المندوب الإقليمي للإدارة المستأنف عليها بتوقيف الأشغال منذ سنتي 2011 و 2012 فإن ذلك يعني أنه كان يتوجب عليها تقديم مذكرة بمطالبها بخصوص التعويض

عن الأضرار التي تعرضت لها داخل أجل 40 يوما الموالي لتاريخ الأمر بتوقيف الأشغال مؤقتا، وهو الأمر المنتفي في نازلة الحال، مما يجعل مطالبها المقدمة بهذا الخصوص من حيث التعويض عن مختلف الخسائر التي تتمسك بكونها قد تحملتها جراء توقيف أشغال عقد الصفقة، جاءت غير مستوفية للشروط الشكلية المتطلبة قانونا «.

المثال الثاني:

ترى من خلاله محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأن جزاء عدم التقيد

بأجل الأربعين يوما يقتصر على المرحلة الإدارية ليس إلا، وهو ما يفهم من خلال هذه الحيثية:

"(...) وأن عدم التقيد بأجل 40 يوما المشار إليه في هذا المقتضى إنما ينصرف

فقط إلى الحالة التي لا يقدم فيها طلب إلى الإدارة المعنية داخل الأجل المذكور، إذ

أنه لا يقبل مثل هذا الطلب من قبل الإدارة في حالة عدم تقديمه داخل أجل 40 يوما،

مما يبقى معه ما أثير من قبل المستأنف غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة .

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015

المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018

المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

ثالثا:

ثبوت الضرر ومعاينته

لئن خول المشرع إمكانية التعويض عن ضرر تأجيل الأشغال أو توقيفها، فإنه اشترط إثبات هذا الضرر، ومعاينته بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع، استنادا إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول.

وعلى غرار الشرط السابق، الملاحظ أن القضاء الإداري بقي متأرجحا بين إلزامية تقيد

المقاولة بهذا الشرط، وبين تجاوزه.

وهكذا من أمثلة الأعمال القضائية التي تفيد إلزامية التقيد بمعاينة الأضرار وإثباتها، أذكر

حكم المحكمة الإدارية بالرباط الذي ورد فيه ما يلي:

« وحيث إنه برجوع المحكمة

لوثائق الملف تبين لها بأن المدعية قد وجهت للمكتب المدعى عليه بمذكرة تطالبه من

خلالها بأداء التعويضات عن الأضرار اللاحقة بها جراء تأجيل الأشغال دون إدلائها بما

يفيد معاينتها لتلك الأضرار بصفة قانونية بمعية المكتب المدعى عليه أو حتى بما يفيد

تقديم طلبها له قصد إجراء تلك المعاينة وتخلفه عن إنجازها طبقا للمادة 44 السالفة

الذ كر».

كما جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط ما يلي:

«وحيث

إنه وفيما يتعلق بسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن فترة توقف الأشغال المتعاقد

بشأنها فإن هذه المحكمة واعتبارا منها لما هو منصوص عليه بالفصل 44 من دفتر

الشروط الإدارية العامة المتمسك به من قبل المستأنفة من أن أي تعويض عن تأجيل

الأشغال لا يمنح إلا في حالة معاينة الضرر المترتب عن هذا التأجيل بصفة قانونية من

طرف صاحب المشروع وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وهو الأمر

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2983 بتاريخ 08/08/2017 موضوع الملف عدد 285/7114/2016

(غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 5573 بتاريخ 26/11/2014 موضوع الملف رقم

131/7207/14 (غير منشور).

غير المتحقق في نازلة الحال، لكون المستأنفة اكتفت بالمطالبة بمثل هذا التعويض دون

أن تدلي بما يفيد سبق مطالبة المستأنف عليها بمعاينة الضرر المترتب والموجب هذا

التعويض وإثباته بالطرق المقررة قانونا، مما يجعل ما تتمسك به في هذا الصدد غير قائم

على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة «.

وجاء أيضا عن المحكمة الإدارية بالرباط، ما يلي:

« وحيث إنه أمام ثبوت مسؤولية

المدعى عليه عن فسخ عقد الصفقة وعدم إدلاء المدعية بالوثائق المثبتة للأضرار المتعلقة بمصاريف حراسة الورش والتأجيل وبما يفيد سبقية معاينتها من طرف صاحب المشروع طبقا للبند ب 1 من المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة، يبقى معه طلب التعويض عنها غير مبرر ويتعين التصريح برفضه «.

وفي مقابل ذلك أقرت نفس المحكمة بإمكانية التعويض حتى وإن لم يتم التقيد بما تقتضيه مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، ولاسيما من حيث وجوب معاينة الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع، واكتفت بالمصادقة على الخلاصة المضمنة في تقرير الخبير، إذ جاء في حكم صادر عنها ما يلي:

«وحيث لئن كان البين من

استقراء مقتضيات المادتين 44 و 45 (...) فإن هذه المسطرة الإدارية تخص مطالبة الإدارة بالتعويض عن توقف الأشغال بشكل ودي قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية، إذ تبقى للمقاولة كامل الصلاحية في الاستجابة إلى هذه التعويضات متى كانت محققة وثابتة،

وأمام وقوف الخبير على أن المدعية تبقى مستحقة لمبلغ يساوي قيمة الفوائد القانونية (...) وكذا تعويض عن تجميد الأليات (...) والموارد البشرية (...) وكذا تعويضا عن فوات الكسب (...)».

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2525 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد 8/7114/2016

(غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4379 بتاريخ 30/12/2020 موضوع الملف عدد 125/7114/2019

(غير منشور).

كما جاء عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط ما يلي:

« وحيث بقطع النظر عن عدم

تقيد المقاولة المستأنفة بمقتضيات المادة المذكورة، (...) ومن جهة ثانية فإن مقتضيات المادة المذكورة نصت على وجوب معاينة هذا الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع بالرجوع إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وأنه (...) الخبير بالرغم من ذلك، وبعد تفقده للأشغال المنجزة ومعرفة طبيعتها وكيفية تنفيذها وبحكم تخصصه وخبرته في مجال البناء والهندسة المدنية خلص إلى تقدير مصاريف الأضرار الناتجة عن إيقاف الأشغال التي ترجع إلى الإدارة خلال مدة 388 يوما إلى ما مجموعه 2.681.79506 درهم، ويتعين تبعا لذلك اعتماد ما جاء في تقريره بهذا الشأن «.

وفي الواقع أن عدم انسجام مواقف القضاء الإداري، واختلافها داخل المحكمة الواحدة، لم يقتصر فقط على كل ضابط من هذه الضوابط المذكورة، بل امتد ليشمل أيضا موقفه من طبيعة هذه المسطرة الإدارية للتعويض ككل، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية، وفق ما سأبينه من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية:

تردد القضاء الإداري بشأن طبيعة مسطرة المطالبة بالتعويض

أو الفسخ عن تأجيل الأشغال أو توقيفها

تنظيم المشرع للمسطرة الإدارية التي تهم المطالبة بالتعويض أو بالفسخ من حيث شكلياتها، وآجالها وجزاء عدم احترامها، يطرح السؤال حول كيفية تعامل القضاء الإداري مع طبيعة هذه المسطرة، ولاسيما من حيث إلزامية سلوكها أو أنها اختيارية؟

ومنطلق هذا السؤال هو الصيغة التي تضمنتها المواد المنظمة لهذه المسطرة الواردة في إطار تأجيل الأشغال أو توقيفها، والتي يفهم من خلالها ترتيب المشرع لجزاء عدم قبول طلبات التعويض أو الفسخ، إذا لم يتم تقديمها كتابة داخل الأجل المحدد بمقتضى هذه المواد.

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).

وبالتالي هل عدم تفعيل هذه المسطرة الإدارية يحول دون اللجوء إلى القضاء، أو أنها تهم فقط تسوية النزاعات على مستوى المرحلة الإدارية، ولا تستوعب المرحلة القضائية؟

الممارسة القضائية تفيد وجود تردد على مستوى عمل القضاء الإداري، وقد سجل ذلك

داخل المحكمة الواحدة، ويمكن أن نستنبط هنا قراءتين أو موقفين للمحاكم الإدارية بخصوص طبيعة هذه المسطرة:

القراءة الأولى:

تجعل الاستفادة من طلب التعويض وكذا الفسخ، رهين بتقيد المقاولة بضوابط مسطرة المطالبة بالتعويض أو الفسخ، من خلال المبادرة إلى طلب تفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، وإن كانت تضيف إلى ذلك في الاعتبار عدم إثبات المقاولة للأضرار التي تدعيها من جراء التأجيل أو التوقيف.

وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط! ما يلي:

« وحيث

إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الأمر بالخدمة المتصل بتوقيف الأشغال واستئنافها والمبلغ إلى المقاولة، أن الأشغال موضوع الصفقة عرف تأجيلا فاقت مدته الإجمالية أجل السنة بما يجعل المقتضى القانوني الواجب الإعمال فيما يخص التعويض عن توقف الأشغال هو الفقرة ب من المادة 44 (...) بما يعني أن الاستجابة لطلب التعويض المذكور يبقى رهينا بتقيد المقاولة بأجل 40 يوما إما من تاريخ الأمر بالخدمة القاضي بتأجيل الأشغال أو من اليوم الذي تبلغ فيه المدة الإجمالية للتأجيل سنة، بالنظر إلى أن تقديم المقاولة لطلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المذكور، من شأنه أن يمكن صاحبة المشروع من اتخاذ الموقف المناسب ضمانا لحسن تدبير الصفقة بما يضمن مصالحها ورعيا لحسن استعمال المال العام.

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2572 بتاريخ 01/07/2016 موضوع الملف عدد 191/7114/2015

(غير منشور).

وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف ومعطياته وخاصة الأمر بتوقيف الأشغال الصادرة عن صاحبة المشروع يتضح أن توقف الأشغال موضوع عقد الصفقة، بما يعني أن مدة التأجيلات قاربت السنتين 22 شهرا وأن المدعية لم تتقدم بأي طلب تعويض عن الأضرار التي يمكن أن تترتب عن ذلك خلال الأجل القانوني المشار إليه أعلاه، كما أنها كانت

بدورها قابلة لهذه الوضعية بالنظر إلى أنها لم تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها الأشغال ولم تطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة وبمنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات بالاعتماد على الوثائق المثبتة لذلك، فضلا على أنها لم تدل بأي بيان يثبت الأضرار المزعومة من قبلها والمتصلة بمصاريف حراسة مواقع العمل والمحافظة على التجهيزات الموضوعة به «.

والملاحظ من خلال هذا الحكم أن المحكمة مصدرته قد استحضرت في تبرير موقفها دور القضاء في حماية المال العام، عندما ربطت بين المطالبة بتفعيل المسطرة الإدارية من خلال مبادرة المقاولة إلى طلب التعويض أو الفسخ خلال الأجل المحدد، وبين حسن تدبير الصفقة حماية للمال العام، وذلك عبر تمكين صاحبة المشروع من فرصة اتخاذ الموقف المناسب.

ولم تستجيب محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط لطلب التعويض، بمبرر اكتفاء المقاولة بالمطالبة به دون الإدلاء بما يفيد سبقية مطالبة صاحبة المشروع بمعاينة الضرر، وإثباته بالطرق المقررة قانونا، إذ جاء في حيثية قرار صادر عنها ما يلي:

« وحيث إنه وفيما يتعلق

بسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن فترة توقف الأشغال المتعاقد بشأنها فإن هذه المحكمة واعتبارا منها لما هو منصوص عليه بالفصل 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 5573 بتاريخ 26/11/2014 موضوع الملف رقم 131/7207/14 (غير منشور).

المتمسك به من قبل المستأنفة من أن أي تعويض عن تأجيل الأشغال لا يمنح إلا في حالة معاينة الضرر المترتب عن هذا التأجيل بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول وهو الأمر غير المتحقق في نازلة الحال، لكون المستأنفة اكتفت بالمطالبة بمثل هذا التعويض دون أن تدلي بما يفيد سبق مطالبة المستأنف عليها بمعاينة الضرر المترتب والموجب لهذا التعويض وإثباته بالطرق المقررة قانونا مما يجعل ما تتمسك به في هذا الصدد غير قائم على أساس ويتعين

التصريح برده لهذه العلة «.

وقضت نفس المحكمة في قرار آخر بتحميل المسؤولية للمقاولة عن عدم مطالبتها بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، من خلال طلب فسخ الصفقة والتعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء التأجيلات التي عرفها تنفيذ الأشغال، إذ جاءت حيثية هذا القرار! كالتالي:

« وحيث من جهة أخرى فبالنسبة لسبب الاستئناف المتصل بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالشركة المستأنفة، فإن الثابت من خلال وثائق الملف وبإقرار هذه الأخيرة أنها توصلت بالخدمة بتاريخ 23 مارس 2009 وعقد أول اجتماع لها مع المكتب صاحب المشروع بتاريخ 2 أكتوبر 2010 تلاه اجتماع آخر بتاريخ 7 أكتوبر 2011 ثم ثالث في نفس الشهر والسنة يوم 27 أكتوبر 2011 فتقرر فسخ الصفقة وإرجاع الكفالة، مما يفيد أنه بعد مرور أكثر من سنة على تاريخ الأمر بالخدمة تم الاتفاق على تأجيل القيام بالدراسة المطلوبة إلى أجل غير مسمى، مع ما يمكن أن يترتب عن ذلك من ضياع فرصة للربح والمشاركة في صفقات أخرى ومراعاة لكون المقاولة كانت بدورها قابلة لهذه الوضعية دون أن تعمل على المطالبة بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة فيما يخص التأجيلات التي عرفتها هذه الآجال أو تبدي أي تحفظ بخصوصها وتطالب صاحبة المشروع بفسخ عقد الصفقة كتابة ومنحها تبعا لذلك تعويضا عن مختلف

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1207 بتاريخ 17/03/2015 في الملف عدد 93/7207/2014 المضموم إليه الملف عدد 249/7207/2014 (غير منشور).

المصاريف التي تفرضها عليها هذه التأجيلات والتي قد تتم معاينتها بصفة قانونية من قبل طرفي العلاقة التعاقدية وبالاعتماد على الوثائق المثبتة التي قد تدلي بها الشركة المستأنفة مما يجعلها متحملة بدورها لجزء من المسؤولية العقدية عما قد يكون لحقها من أضرار جراء ذلك، وفي غياب ما يفيد تحديد المستأنفة الأولى لحجم الأضرار والخسائر التي قد تكون ترتبت عن عدم تنفيذ عقد الصفقة عقب ذلك، فإن ذلك يعني أن المحكمة الإدارية عندما قضت لفائدة الشركة المستأنفة بالتعويض المطعون فيه اعتمادا على أن الشركة المستأنفة لم تدل بما يثبت الأضرار اللاحقة بها فإن حكمها كان مؤسسا مما

قررت معه هذه المحكمة التصريح بتاييده «.

وقد أكدت نفس المحكمة! هذا الموقف في قرار لاحق، من خلال رفضها طلب المقاولة الرامي إلى التعويض بعلة عدم استيفائها للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، وقد جاءت حيثية هذا القرار كالتالي:

«(...) وبحسب المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإذا أمر صاحب المشروع بموجب أمر بالخدمة بتوقيف الأشغال، تفسخ الصفقة في الحين ويمنح تعويض للمقاول إذا تمت معاينة حصول ضرر بصفة قانونية ولا يقبل طلب المقاول إلا إذا قدم كتابة داخل أجل 40 يوما من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال وبالتالي مادام قد تبت من خلال وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنفة تقر بتوقيفها مؤقتا بصورة شفوية من طرف المندوب الإقليمي للإدارة المستأنف عليها بتوقيف الأشغال منذ سنتي 2011 و 2012 فإن ذلك يعني أنه كان يتوجب عليها تقديم مذكرة بمطالبها بخصوص التعويض عن الأضرار التي تعرضت لها داخل أجل 40 يوما الموالي لتاريخ الأمر بتوقيف الأشغال مؤقتا، وهو الأمر المنتفي في نازلة الحال، مما يجعل مطالبها المقدمة بهذا الخصوص من حيث التعويض عن مختلف الخسائر التي تتمسك بكونها قد تحملتها جراء توقيف أشغال عقد الصفقة، جاءت غير مستوفية

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015 المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، خاصة وأن المستأنفة بالإضافة إلى ذلك لم تثبت بأي دليل مقبول حجم ومبلغ المصاريف التي تحملتها جراء ذلك «.

القراءة الثانية:

في مقابل القراءة الأولى، هناك قراءة أخرى للمحاكم الإدارية تعتبر بأن المسطرة الإدارية لا تعدو أن تكون مطالبة ودية بالتعويض قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية.

وفي هذا السياق اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأن مسطرة تقديم طلبات التعويض إنما تخاطب المقاولة في علاقتها بالإدارة صاحبة المشروع إذا ما أرادت التعويض

عن أضرارها الناتجة عن التوقف حبيا دون اللجوء إلى القضاء، وبأن عدم سلوكها للمسطرة المذكورة لا يحول دون تقديمها لطلب التعويض قضائيا.

واعتمدت ذات المحكمة في قرار آخر علة أخرى، مفادها غياب الجزاء المترتب عن عدم سلوك المسطرة الإدارية، وبأن الجزاء المنصوص عليه في المادة 44 - عدم قبول الطلب - إنما ينصرف فقط إلى الحالة التي لا تحترم فيها ضوابط هذه المسطرة خلال المرحلة الإدارية ليس إلا، كما يفهم من خلال حيثية هذا القرار التي وردت كما يلي :

« لكن حيث إنه من جهة وفيما يخص السبب الأول من الاستئناف المتصل بخرق مقتضيات المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإذا كان هذا المقتضى القانوني قد نص (...) فإن ذلك لا يحول دون حق المقاول في تقديم دعوى إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويضات التي يرى أن من شأنها أن تجبر الأضرار التي قد تكون لحقت به جراء توقيف الأشغال لمدة تفوق السنة مادام أن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك وأن

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4379 بتاريخ 30/12/2020 موضوع الملف عدد 125/7114/2019

(غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).

(3) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1025 بتاريخ 12/03/2019 في الملف عدد 295/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 509/7207/2018 (غير منشور).

عدم التقيد بأجل 40 يوما المشار إليه في هذا المقتضى إنما ينصرف فقط إلى الحالة التي لا يقدم فيها طلب إلى الإدارة المعنية داخل الأجل المذكور، إذ أنه لا يقبل مثل هذا الطلب من قبل الإدارة في حالة عدم تقديمه داخل أجل 40 يوما، مما يبقى معه ما أثير من قبل المستأنف غير قائم على أساس ويتعين التصريح برده لهذه العلة، خاصة وأن الثابت من خلال باقي وثائق الملف ومستنداته كون الشركة المستأنف عليها سبق لها وأن وجهت إلى صاحب المشروع بتاريخ 26/07/2016 مذكرة بالمطالب والتعويضات التي تطالب بها لتعمل وفي ضوء ذلك على تقديم دعواها الحالية التي تبقى مؤطرة في

إطار هذا المقتضى القانوني الذي يعطيها الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها سواء كان التأجيل قد تم قبل أو بعد الشروع في تنفيذ الأشغال «.

وقد وجدت ذات المحكمة في قواعد العدالة والإنصاف مبررا آخر للاستجابة لطلب فسخ الصفقة، وكذا التعويض عن الأضرار الناتجة عن التوقف، حتى لا تبقى المقاولة رهينة لإرادة الإدارة باستئناف الأشغال، وقد جاءت هذه الحيثية كالتالي:

«وحيث من

جهة أخرى بخصوص الأسباب المتصلة بالمنازعة في مشروعية إيقاف الأشغال، فلما كانت أحكام توقيف وتأجيل الأشغال مؤطرة بمقتضيات المادتين 44 و 45 من المرسوم رقم 2.99.1087 المؤرخ في 04 ماي 2000 المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال النافذ على النازلة، وأن المشرع قد خول لصاحب المشروع سلطة الأمر بالتوقيف الكلي للأشغال فإنه بالمقابل أعطى للمقاولة الحق في طلب فسخ عقد الصفقة إذا كانت مدة إيقاف الأشغال تصل إلى سنة، ونص على حقها في المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل لها أمام القضاء وأن عدم تقديم المقاول لطلب فسخ الصفقة لا يحول دون تقديم مطالبة قضائية بشأن فسخ الصفقة سيما إذا لم يصدر صاحب المشروع أمر بالخدمة باستئناف الأشغال خلال أجل معقول، ذلك أن قواعد العدالة والإنصاف تأبى أن يظل المقاول رهين إرادة الإدارة بشأن الأمر باستئناف الأشغال خلال الأجل الذي

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

ترتضيه بل إن تراخيها عن ذلك مدة تتجاوز الحدود المعقولة يخول للمقاولة حق اللجوء إلى القضاء للتعويض عن الأضرار الناتجة عن التوقف غير المشروع للأشغال».

وإلى جانب القراءتين أعلاه، الملاحظ أن المحكمة الإدارية بالرباط في حكم آخر صادر عنها، قد دمجت القراءتين معا في حيثيات حكمها، إذ بعدما صرحت بأن مقتضيات المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة تهم حالة النزاعات المرتبطة بالمرحلة الإدارية، والتي لا يجوز التوسع في تفسيرها لاستيعاب المرحلة القضائية، فإنها عادت بعد ذلك إلى القول بأن التعويض عن توقف الأشغال يقتضي فضلا عن تقديم طلب

بخصوص ذلك خلال الأجل القانوني، ضرورة إثبات الضرر، وبأنه مادام أن المدعية قد قامت بتفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة، وهو الأمر الذي يضفي الشرعية على طلبها بفسخ الصفقة، وبالتعويض عن الأضرار المثبتة.

إذن الملاحظ من خلال الأعمال القضائية المستدل بها أعلاه، أن المحاكم الإدارية مصدرتها غير مستقرة على قراءة واحدة بشأن طبيعة المسطرة الإدارية للتعويض، إذ تارة تقر بإلزامية تفعيل مقتضيات دفتر الشروط الإدارية العامة للحصول على التعويض، أو الاستجابة لطلب الفسخ، وتارة أخرى تقر بأن هذه المسطرة لا تعدو أن تكون ودية لا تحول ممارستها دون اللجوء إلى القضاء، مستندة في ذلك بالقول أن المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها.

ويأتي هذا التبرير الأخير رغم أن صياغة المواد المنظمة لضوابط سلوك هذه المسطرة تفيد بوجود جزاء عن عدم التقيد بتلك الضوابط، ومن ذلك ما ورد في المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2000 والتي تضمنت في إحدى الفقرات عبارة « لا يقبل طلب تعويض المقاول إلا إذا تم تقديمه كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ ... «،

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2052 بتاريخ 20/5/2021 موضوع الملف رقم 62/7114/2019 (غير منشور).

وجاء في موضع آخر من نفس المادة « ولا تكون طلبات المقاول سواء المتعلقة منها بالفسخ أو بالتعويض مقبولة إلا إذا قدمت كتابة داخل أجل أربعين يوما من تاريخ ... «، وقد تكررت نفس العبارات بموجب المادة 45 من نفس الدفتر، وكذا بموجب المادة 49 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016.

وبالتالي ألم يرتب المشرع من خلال هذه المقتضيات جزاء عدم قبول هذه الطلبات، إذا لم يتم تقديمها داخل الأجل المحدد، ووفق الشكليات المطلوبة؟

الجواب هو نعم، إذ أن صياغة هذه الفقرات وغيرها واضحة في ترتيب جزاء عدم القبول، ولكن السؤال الآخر الذي يبقى مطروحا هو هل يشمل نطاق هذا الجزاء المرحلة القضائية من خلال القول بعدم قبول طلبات التعويض التي لم يتقيد أصحابها بضوابط المسطرة

الإدارية، أو أن هذا الجزاء يقتصر على المرحلة الإدارية، ولا يتعداه ليشمل المرحلة القضائية، كما ذهب إلى ذلك جانب من العمل القضائي.

هنا لابد من قول ما يلي:

إما القول بأن لهذا الجانب من العمل القضائي الصحة فيما ذهب إليه، تماشيا مع قواعد العدالة والإنصاف التي تأبى ضياع الحقوق المشروعة لأصحابها في المطالبة بالتعويض أو الفسخ، في حالة عدم ممارستهم لهذه المسطرة بشكلياتها وآجالها لسبب من الأسباب.

وما يترتب عن القول السابق، القول بأن هذه المقتضيات المنظمة لهذه المسطرة تبقى من قبيل التزيد ليس إلا، طالما أن التسوية الودية لمثل هذه النزاعات تبقى ممكنة في وجودها أو في غيابها، مادام أنه بإمكان طرفي عقد الصفقة تسوية نزاعاتهم خلال أي مرحلة من المراحل سواء قبل اللجوء إلى القضاء أو حتى خلال سريان الدعوى، ومن

ثمة ما فائدة ترتيب جزاء عدم قبول طلبات التعويض خلال المسطرة الإدارية إذا لم تكن إلزامية بجميع ضوابطها قبل اللجوء إلى القضاء، تحت طائلة ترتيب جزاء معين.

وأشير هنا إلى أن المشرع قد تدارك الأمر نسبيا - من خلال تغييره للصياغة التي ورد بها الجزاء المترتب عن عدم سلوك المسطرة الإدارية بموجب المواد المذكورة أعلاه، وذلك بموجب المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016، رغم أنه احتفظ بالصياغة الأولى في المادة 49 - ، وذلك حينما نص على ترتيب جزاء سقوط الحق.

وإذا كان من المعروف أنه يترتب عن انقضاء مدد الإسقاط، سقوط حتمي ومبرم للحق الذي كان وجوده منوطا بممارسته خلالها - المدة المحددة قانونا - ، وهو سقوط كامل وشامل بحيث لا يسوغ التمسك به بعد ذلك لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع،

فالتساؤل الذي ينبغي طرحه إنما هو بشأن مدى تقيد القضاء بذلك مستقبلا في تطبيقه لهذا المقتضى، أو أنه سيستمر في التمسك بحصر نطاق تطبيق هذا الجزاء خلال المرحلة الإدارية ليس إلا، ودون أثر على مستوى اللجوء إلى القضاء.

المبحث الثاني:

طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات

العمومية ومزاياها

خصص المشرع مسطرة إدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، تبقى الغاية من وراء

سنها هي إتاحة الفرصة لصاحب الصفقة من أجل تقديم مطالبه إلى الجهة صاحبة

المشروع، قبل التوجه إلى القضاء من جهة، ومن جهة ثانية تمكين صاحب المشروع من

إبداء موقفه منها، قصد تسويتها وديا قبل رفع النزاع أمام القضاء.

(1) ذ. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام

وانتقاله وانقضاؤه، ص 593.

وإذا كان المشرع قد بين كيفية تقديم هذه المطالب من قبل المقاولة، وجواب المشروع

عنها داخل آجال محددة تحت طائلة ترتيب آثار معينة، فإن نفس النقاش الذي تثيره هذه

المسطرة هو حول طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية.

وإذا ما اعتبرت إلزامية فما هو نطاق أو حدود هذه الإلزامية، فهل تعد في جميع الحالات

بمثابة شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى أمام القضاء، أو أنها تعتبر كذلك فقط إذا

تمت مباشرتها، إذ يتعين على المقاولة حينها التقيد بها إلى نهايتها إما بتسوية النزاع على

مستواها - المرحلة الإدارية - وإما بعرضه بعدها على القضاء، أو أنها اختيارية جاءت على

سبيل الجواز، للمقاولة اللجوء إليها، أو اختيار طريق المطالبة القضائية مباشرة بدلا عنها،

وفي هذه الحالة ألم يرتب المشرع جزاء عن عدم سلوكها؟ هذا ما سنجيب عنه من خلال

من خلال (المطلب الأول).

والأكيد أن من شأن مباشرة هذه المسطرة أن تتحقق معها العديد من المزايا سواء بالنسبة

لصاحب المشروع، وصاحب الصفقة، أو بالنسبة للقضاء أيضا على حد سواء، كما

سنرى ذلك من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

حرص المشرع على تسوية النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية خلال المرحلة

الإدارية، وذلك من خلال تنظيمه لمسطرة إدارية سابقة عن اللجوء إلى القضاء، إذ خصها بإجراءات وآجال وآثار محددة سيتم بيانها من خلال (الفقرة الأولى) وذلك قبل معرفة موقف القضاء الإداري منها، ولاسيما من حيث مدى إلزامية سلوكها قبل اللجوء إلى القضاء، أو أن للمقاول حق الخيار بين سلوكها، أو اللجوء مباشرة إلى القضاء حتى بدون سلوكها، وهو ما سنعرفه من خلال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :

التنظيم القانوني للمسطرة

لقد نظم المشرع في إطار دفتر الشروط الإدارية العامة مسطرة إدارية لتسوية خلافات ونزاعات الصفقات العمومية، سواء في إطار دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2000، وذلك بموجب المادتين 71 و 72 منه، وهي مقتضيات متشابهة من حيث المبدأ مع مقتضيات المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 2016، وكذا المادتين 53 و 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة لسنة 2002.

وهكذا نصت المادة 71 من دفتر سنة 2000 على أنه إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة مطالب يعرض فيها تظلماته، وتدلي السلطة المختصة بجوابها داخل أجل شهرين، وهو نفس المقتضى الذي ورد النص عليه في المادة 53 من دفتر سنة 2002، وكذا المادة 81 من دفتر سنة 2016، باستثناء الأجل الذي يتعين الجواب فيه عن الشكاية، والذي قلص بموجب المادة الأخيرة إلى شهر بدل شهرين، علما أن المشرع في المادة الأخيرة يتحدث عن الشكاية، في حين ورد في المادتين 71 و53 لفظ التظلم.

وفي حالة حدوث نزاع مع السلطة المختصة جاز للمقاول حسب مقتضيات المادة 72 من دفتر سنة 2000 داخل أجل 3 (ثلاثة) أشهر من تاريخ تبليغ جواب السلطة المختصة، أن يوجه إلى هذه الأخيرة بواسطة رسالة مضمونة بإفادة بالاستلام قصد إرسالها مشفوعة برأيها إلى الوزير مذكرة يبين فيها أسباب ومبلغ مطالبه.

ويجب على الوزير أن يدلي بجوابه داخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تسليم المذكرة إلى السلطة المختصة، وبعد انصرام هذا الأجل تعتبر مطالب المقاول غير مقبولة، وفي هذه

الحالة، كما في الحالة التي ترفض فيها مطالبه، يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، ولا يقبل منه بأن يرفع أمام هذا القضاء إلا التظلمات المذكورة في المذكرة المقدمة إلى السلطة المختصة.

وإذا لم يرفع المقاول مطالبه أمام المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، اعتبر كما لو قبل مضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

أما بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 81 فقد اعتبرت أنه إما أن المقاول يقتنع بجواب السلطة المختصة فيسوى الخلاف، وإما لا يقتنع بجواب السلطة المختصة أو لا يتوصل به، فحينها يسوى الخلاف وفق المساطر المنصوص عليها في المادة 82 والتي تهم اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم، وخاصة المادة 83 التي تهم اللجوء إلى القضاء، وهي التي تهمنا مقتضياتها أكثر.

هذه المادة الأخيرة لئن خولت للمقاول إمكانية عرض النزاع على القضاء الإداري، فإنها قد حددت أجلا للجوء خلاله إليه، وهو أجل الستين (60) يوما الموالية لتاريخ توصله بجواب السلطة المختصة أو لانتهاء أجل خمسة وأربعين (45) يوما الممنوح للسلطة المختصة من تاريخ استلام الإشعار بالتوصل بالمذكرة للرد على المقاول.

وبعد انصرام هذا الأجل يعتبر المقاول كأنه قبل مقرر السلطة المختصة، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

إذن الملاحظ من خلال مقتضيات المادتين 71 و72 من دفتر سنة 2000 - ومثلها تم النص عليه بموجب المادتين 53 و54 من دفتر سنة 2002 - ، وكذا المادتين 81 و83 من دفتر سنة 2016، أن المشرع وضع مسطرة إدارية لتسوية الخلافات والنزاعات التي تظهر

خلال تنفيذ الصفقات، وحدد لها آجالا سواء من أجل تسوية هذه النزاعات على مستوى المرحلة الإدارية، أو على مستوى المرحلة القضائية في حالة عدم اقتناع المقاول بالأجوبة المقدمة له عن مذكرة مطالبه.

وإذا كانت الغاية من تنظيم المشرع لهذه المسطرة الإدارية تكمن في تسوية النزاعات الناشئة خلال تنفيذ الصفقة، وحسمها خلال المرحلة الإدارية، وهو ما يظهره حرصه على التطرق إليها في مختلف جوانبها، وتحديد آثارها، فإن هذا لا يمنع من البحث حول موقف القضاء الإداري منها، باعتبار دوره الرقابي في مجال المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، ولاسيما في حالة عدم مباشرة هذه المسطرة، ومعرفة موقفه في هذه الحالة من طبيعتها، وما إن كانت إلزامية أو اختيارية لا تحول دون اللجوء إلى القضاء سواء بسلوكها أو بعدمه، وفق ما سأتولى بيانه من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية:

موقف القضاء الإداري من طبيعة المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

تحديد المشرع للمقاول مسطرة إدارية من أجل سلوكها عند نشوء نزاع أثناء تنفيذ صفقة عمومية، وتخصيصه لها آجالا محددة لمباشرتها، أو للجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصل إلى حل لتسوية هذه النزاعات خلال المرحلة الإدارية، يطرح السؤال حول طبيعة هذه المسطرة؟

القراءة الأولية لهذه المقتضيات القانونية تظهر بأن الأمر يهم مسطرة إلزامية بالنظر للآثار المترتبة عنها، إذ من جهة فالمشرع حصر بموجب الفقرة الثانية من المادة 72 من دفتر سنة 2000، المطالب التي تقدم أمام القضاء في تلك التي قدمها المقاول إلى السلطة المختصة، إذ جاء في هذه الفقرة ما يلي:

«(...) يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، ولا يقبل منه بأن يرفع أمام هذا القضاء إلا التظلمات المذكورة

في المذكرة المقدمة إلى السلطة المختصة.

ومن جهة أخرى قد تظهر إلزامية هذه المسطرة في الآجال التي حددت لها سواء لمباشرتها أو للجوء إلى القضاء عند فشل التسوية خلال المرحلة الإدارية.

وهكذا بموجب الفقرة الثالثة من المادة 72 فإنه إذا لم يرفع المقاول مطالبه أمام المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب الناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، اعتبر كما لو قبل مضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وقد تبنت إحدى الباحثات نفس القراءة، انطلاقا من صيغة الوجوب المبنية عليها مسطرة تقديم الشكايات، استنادا إلى مقتضيات المادتين 71 و72 من دفتر سنة 2000.

ونفس الأمر تم بموجب المادة 83 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2016، والتي حددت للمقاول أجلا لعرض نزاعه على القضاء، واعتبرت المقاول بعد انصرامه، كأنه قبل مقرر السلطة المختصة، وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وإذا كانت آثار هذه المسطرة تفيد إلزامية سلوكها، فهل حدود هذه الإلزامية تقتصر على الحالة التي يتم فيها مباشرتها، أو تتجاوز ذلك حتى إلى الحالة التي لا يتم فيها سلوكها مع ما يترتب عن ذلك من عدم قبول الدعوى لعدم سلوك هذه المسطرة بآجالها، بعبارة أخرى هل تعد هذه المسطرة شرطا قبليا من شروط تقديم الدعوى، أو أن سلوكها هو على سبيل الجواز، ومن ثمة للمقاول الخيار بين ممارستها وبين اللجوء إلى القضاء مباشرة؟

الملاحظ أن موقف القضاء الإداري في عمومه، يذهب في اتجاه واحد بتبريرات مختلفة تلتقي في نتيجتها في القول بعدم إلزامية سلوك هذه المسطرة.

(1) - ذة. خديجة عقا، حماية القاضي الإداري لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن هيئة

المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 153.

وهكذا إذا كانت المحكمة الإدارية بالرباط قد قضت في حكم قضائي صادر عنها - قديم نسبيا- بسقوط مطالب المدعية بانصرام الأجل لعدم سلوكها لهذه المسطرة، فإنها قد تراجعت عن ذلك في أحكام لاحقة.

وهكذا جاء في هذا الحكم ما يلي:

« وحيث بالرجوع إلى مقتضيات الفصلين المذكورين

نجدهما ينصان بالنسبة للفصل 71 على أنه « إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة مطالب يعرض فيها تظلماته وتدلي السلطة المختصة بجوابها داخل أجل شهرين (وبالنسبة للفصل 72 فقد ألزم المقاول في حالة حدوث نزاع مع السلطة المختصة أن يوجه رسالة مضمونة مع إفادة بالتوصل يبين فيها أسباب ومبالغ مطالبه داخل أجل 3 أشهر من توصله بجواب السلطة المختصة.

وحيث إنه برجوع المحكمة إلى وثائق الملف تبين أن المقاولة لم تلتزم بسلوك هذه المسطرة وذلك برفع مذكرة مطالبها أثناء عملية تنفيذ أشغال الصفقة وقبل التوقيع على محضر التسليم النهائي، فإنها تكون بذلك قد أغفلت إحدى الشكليات الأساسية والجوهرية وفوتت على نفسها أجل المطالبة باستحقاق التعويض المنصوص عليه في المادة 54 المذكورة المتعلقة بالضرر الناجم عن تغيير حجم الأشغال، وجعلت مطالبها تسقط لانصرام الأجل القانوني «.

وباستثناء هذا الحكم فجل الأحكام والقرارات القضائية - في حدود ما اطلعت عليه - تسير في اتجاه عدم إلزامية سلوك هذه المسطرة، وذلك من إما من خلال تصريحها بذلك مباشرة، وإما من خلال ما يستفاد ضمنيا من بعض القراءات التي تعطيها لهذه المقتضيات والتي تضيق مجال سلوكها في أضيق نطاق من خلال وضعها لضوابط معينة، تصعب من مأمورية تحققها.

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4342 بتاريخ 27/11/2012 موضوع الملف عدد 95/13/2012

(غير منشور).

وهكذا من الأعمال القضائية التي أتت واضحة في تأكيد عدم إلزامية سلوك هذه المسطرة، واعتبارها مسطرة ودية، أذكر قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط١ جاء في حيثيته ما يلي:

« وحيث إنه بخصوص سبب الاستئناف المتعلق بعدم احترام مقتضيات

المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المسطرة المنصوص عليها في

الفصلين المذكورين هي مسطرة ودية وضعها المشرع من أجل التوصل إلى حلول حبية

بين الطرفين، ولا يمكن لها أن تحرم المقاولة المتعاقدة من حق اللجوء إلى القضاء،

والذي يبقى محميا بموجب القانون، فضلا على أنها لا تتعلق سوى بإمكانية المطالبة

بالتعويض أمام الإدارة، بما يجعل السبب المثار غير مؤسس «.

وجعلت محاكم أخرى سلوك هذه المسطرة على سبيل الجواز، وذلك من خلال اعترافها

لصاحب الصفقة بحق الخيار بين سلوكها أو اللجوء مباشرة إلى القضاء، معتبرة بأن

المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها، ومن ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية

بالدار البيضاء:

والذي ورد فيه ما يلي:

«لكن حيث إنه وخلافا لما دفع به من خرق

لمقتضيات المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإنه من جهة لئن نصت

المادة 71 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه إذا نشأت صعوبات مع المقاول

خلال تنفيذ الصفقة، وجه هذا الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة مطالب يعرض فيها

تظلماته، وعلى السلطة المختصة أن تدلي بجوابها داخل أجل الشهرين، فإن المادة

المذكورة إنما تحدد إطارا للطرفين لحل صعوباتهما على المستوى الإداري لكنها لم

ترتب آثارا قانونية على عدم سلوك هذه المسطرة المذكورة، ولم تجعلها شرطا قبليا من

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 2035 بتاريخ 15/04/2019 موضوع الملف عدد 313/7207/2017 (غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 834 بتاريخ 24/04/2012 موضوع الملف عدد 372/6/2010 (غير منشور).

وأنظر في نفس السياق أيضا:

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة رقم 878 بتاريخ 22/09/2020 موضوع الملف عدد 11/7114/2015 (غير منشور).

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 6689 بتاريخ 31/12/2018 في الملف عدد 440/7207/2016 (غير منشور).

شروط تقديم الدعوى، ومن جهة ثانية فيما يتعلق بمقتضيات المادة 72 أعلاه فإن المشرع جعل سلوكها على سبيل الجواز ومادامت المدعية سلكت طريق المطالبة القضائية ولم تختر سلوك مسطرة المادة 72 فإنها غير ملزمة بتبعاتها المحتج بها من الطرف المدعي، مما يكون معه الدفع غير مؤسس قانونا وينبغي استبعاده «.

والأكثر من ذلك، فوجود مقتضى تعاقدي يحيل على تطبيق المسطرة الودية لتسوية هذه النزاعات، لا يحول حسب محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط دون حق المقاول في اللجوء إلى القضاء، إذ جاء في قرار صادر عن هذه المحكمة ما يلي:

« لكن حيث إنه

من جهة وفيما يخص السبب الأول من الاستئناف المتصل بخرق مقتضيات المادة 13 من عقد الصفقة، فإنه إذا كان هذا المقتضى التعاقدي قد نص على أن كل نزاع يمكن أن يقوم ما بين صاحب الصفقة والمديرية الجهوية لإدارة أملاك الدولة بالرباط يخضع لمقتضيات الفصول من 53 إلى 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن ذلك لا يحول دون حق المقاولة المستأنف عليها في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بمستحقاتها خاصة وأنه لم يثبت أن الإدارة قد توصلت إلى حل نهائي بخصوص موضوع النزاع «.

وإذا كانت الأعمال القضائية أعلاه، تؤكد على الطابع الجوازي لمباشرة هذه المسطرة، وتمنح المقاولة الخيار بين سلوكها وبين اللجوء مباشرة إلى القضاء، بعلة عدم ترتيب المشرع لأي جزاء على عدم استنفاذ هذه المسطرة، فإنها لم تجيب - بحكم طبيعة النزاع المعروض - على سؤال البداية، وهو هل يسري هذا الحكم فقط على الحالة التي لا تسلك فيها هذه المسطرة مطلقا، أو يمتد ذلك حتى إلى الحالة التي يتم فيها مباشرتها لكنها لا تستكمل أو تستكمل من دون أن تؤدي إلى التسوية الودية للنزاع، فهل تبقى المقاولة في هذه الحالة خاضعة لمقتضيات هذه المسطرة من حيث حدود المطالب التي تعرضها على القضاء، وآجال عرضها، وآثار عدم احترامها، ولاسيما من حيث سقوط المطالب.

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1043 بتاريخ 15/03/2016 في الملف عدد 247/7207/2015 (غير منشور).

ورغم أنه لم تتاح الفرصة للقضاء من خلال الأعمال القضائية المعروضة أعلاه، للجواب عن هذه الأسئلة، فإن موقفه حتى بالنسبة للحالة الأولى والقائل باختيارية اللجوء إلى هذه المسطرة، يقتضي طرح بعض الأسئلة الأخرى المشروعة من قبيل:

كيف أن تكون هذه

المسطرة اختيارية وهي منظمة في أدق تفاصيلها، ومحددة بآجال يترتب عن انصرامها سقوط الحق في الطلب، ثم كيف يعقل أن تكون آثار عدم سلوك هذه المسطرة سقوط الحق، ويتم اعتبارها اختيارية؟ ثم هل يقبل التمييز بين من سلكها وبين من لم يسلكها، إذ من سلكها يضحى مهددا بسقوط حقه، ومن لم يسلكها يكون في حل من ذلك؟

وألا يفهم من تقرير المشرع لجزاء سقوط الحق عن عدم احترامها، بأن الأمر يهم مسطرة إلزامية وليست اختيارية، وبأن السقوط لا يكون إلا نتيجة لإجراء إلزامي؟

من المهم الإشارة هنا إلى أنه من المعايير المعتمدة لتحديد طبيعة الآجال، تلك التي تنصرف إلى الغرض الذي قصد إليه المشرع من تقرير هذه المدة، وبأنه كلما هدف منها أن يحتم على صاحب الحق ممارسة حقه خلال أجل مضروب وإلا عوقب بفقده، فهي مدة سقوط.

كما أنه من المعلوم أيضا أن آجال السقوط تتصل بالنظام العام، وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يتوقف إعمالها على تمسك ذي المصلحة بها.

وإذا كانت محاكم الموضوع تؤكد على عدم إمكانية مخالفة القواعد والضوابط القانونية

(1) ذ. مأمون الكزبري، م س، ص 594.

- ذ. جواد أمهمول، الوجيز في المسطرة المدنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2015، ص 89.

(2) ذ. مأمون الكزبري، م س، ص 593.

- ذ. الشرقي حراث، الدفوع الشكلية في المادة المدنية، دراسة عملية على ضوء اجتهادات محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة سنة 2016، ص 174.

(3) أنظر نموذجا:

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1577 بتاريخ 21/04/2016 موضوع الملف عدد 47/7114/2016

(غير منشور).

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 488 بتاريخ 9/02/2016 في الملف عدد 297/7207/2015

(غير منشور).

الواردة في دفتر الشروط الإدارية العامة، لتعلقها بقواعد النظام العام، لورودها في نص قانوني ذي طبيعة تنظيمية عامة، إلا أن محكمة النقض، وفي موضوعنا بالذات، يبدوا أنها لا تعتبره كذلك، وإن ضمنيا، وذلك من خلال عدم مجاراتها طالبي النقض فيما أثاروه من عدم احترام مقتضيات المسطرة محل الدراسة، وقضائها بأن إثارة هذه الوسيلة لأول مرة أمامها يبقى غير مقبول.

عموما وبعدما تمت الإشارة فيما تقدم إلى موقف القضاء الإداري الصريح من خلال عمل بعض المحاكم، بخصوص عدم إلزامية سلوك المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، ستتم الإشارة فيما سيأتي إلى بعض القراءات الأخرى للمقتضيات المنظمة لهذه المسطرة، والتى تذهب في اتجاه استبعاد تطبيقها انطلاقا من اعتبارين إثنين :

الاعتبار الأول:

تتخذ بعض المحاكم الإدارية من تاريخ المنازعة أو المرحلة التي يوجد فيها تنفيذ الصفقة، والتي حصل خلالها الخلاف، مبررا لاستبعاد تطبيق المقتضيات المنظمة للمسطرة الإدارية، وذلك انطلاقا من قراءتها للفقرة الأولى من المادة 71 من دفتر سنة 2000، والمادة 53 من دفتر سنة 2002، والفقرة الأولى من المادة 81 من دفتر سنة 2016، وما تضمنته هذه المقتضيات من عبارة تم تفسيرها على أنها تهم الخلافات التي تحدث خلال تنفيذ الصفقة ليس إلا.

(1) جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي:

«(...) كما يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق مقتضيات

الفصول 50 و 51 من المرسوم رقم 109- 65 بتاريخ 19/10/1965 المتعلق بكناش التحملات الإدارية العامة، ذلك أن

طلب المقاولة أمام محكمة الدرجة الأولى جاء خلافا لمقتضيات الفصلين المذكورين والتي توجب سلوك المسطرة الإلزامية عند نشوء نزاع أثناء تنفيذ عقد الصفقة، وأن تمسك طالبة النقض بوجود كشف حسابي نهائي يهم أشغال الصفقة يعني أن أية مطالبة يجب أن تتم وفقا للمسطرة المنصوص عليها في كناش الشروط الإدارية العامة، ومن تم وفقا لأحكام الفصلين 71 و 72 المنوه بهما، مما يجعل القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف القاضي بالاستجابة للطلب خارقا للمقتضيات القانونية آنفة الذكر، وهو ما يعرضه للنقض.

لكن حيث إن ما أثير بالفرعين الثاني والثالث من الوسيلة الأولى والفرع الأول من الوسيلة الثالثة لم يسبق إثارته أمام محكمة الاستئناف لتعطي رأيهما القانوني في شأنه، وأن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض يجعله غير مقبول

.» القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 816/2 بتاريخ 15/12/2016 موضوع الملف الإداري عدد 981/4/1/2013 (غير

منشور).

وهكذا ورد في السطر الأول من المادة 71 من دفتر سنة 2000 ما يلي:
« إذا نشأت

صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة «، وهي نفس العبارة التي وردت في باقي

المقتضيات المذكورة أعلاه.

وانطلاقا من هذه العبارة اعتبرت المحاكم الإدارية بأن إعمال هذه المقتضيات، إنما

يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ،

وبالتالي تستبعد تطبيق هذه المقتضيات كلما كان الخلاف قبل حلول أجل تنفيذ

الصفقة، أو بعد انتهاء تنفيذها.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية التي ذهبت في هذا الإطار، أذكر قرار صادر عن محكمة

الاستئناف الإدارية بالرباط الذي ورد فيه ما يلي:
«حيث يعيب الطرف المستأنف على

الحكم المستأنف كون المحكمة الإدارية التي أصدرته خرقت فيه مقتضيات الفصلين

50 و 51 من المرسوم الملكي 1965 (...).

لكن حيث إنه باستقراء مترابط وشمولي لكافة فقرات وبنود هذين الفصلين المنصوص

عليهما في المرسوم الملكي (...) واللتين جاء بهما المشرع من أجل تنظيم مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بين المقاولة والإدارة صاحبة المشروع بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة يتبين أن هذه المقتضيات إنما تقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ، أما والحال أن الأمر في نازلة الحال يتعلق بطلب رام إلى المطالبة بباقي المستحقات المترتبة عن العقد الذي كان يربط بين الطرفين، وكذا مبلغ الضمانة النهائية والفوائد القانونية المترتبة عنها وبعد الانتهاء من تنفيذ هذه الأشغال بإنجاز محضر للتسليم المؤقت بتاريخ 20/09/1996 ومحضر التسليم النهائي بتاريخ 20/03/1998، فإن اللجوء إلى مسطرة المنازعة الإدارية القبلية قبل اللجوء إلى القضاء تصبح غير ملزمة بالنسبة للمستأنف عليها، وبالتالي غير مقيدة بمقتضيات

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3987 بتاريخ 20/11/2013 في الملف عدد 178/12/7

(غير منشور).

الفصلين المتمسك بهما من طرف المستأنفين، ومن تم تبقى الوسيلة المثارة من طرفهم غير قائمة على أساس الأمر الذي يتعين معه التصريح باستبعادها لهذه العلة «.

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش! ما يلي:

«وحيث إن أحكام

المادة 71 أعلاه تضمنت المسطرة المتبعة في حالة نشوء صعوبات خلال تنفيذ الصفقة إذ أعطت إمكانية للمقاول قصد توجيه مذكرة مطالب إلى السلطة المختصة التي عليها أن تجيب داخل أجل شهرين، كما أن أحكام المادة 72 المشار إليها حددت الحالة التي يتدخل فيها الوزير المختص بعد حدوث نزاع مع السلطة المختصة، أما في نازلة الحال فإن طرفي الصفقة لم يصلا بعد إلى هذه المرحلة حتى يتمسك بأجل الستة أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، فضلا عن ذلك فإن موضوع هذه الدعوى يتعلق بفسخ الصفقة قبل حلول أجل تنفيذها، وبالتالي يبقى ما تمسك به الوكيل القضائي غير مرتكز على أساس «.

ومن جانب آخر جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط أن تخطي

الصفقة مرحلة تنفيذها، يستبعد معه تطبيق هذه المسطرة، وفق ما يستفاد من خلال هذه الحيثية:

« وحيث إنه بخصوص سبب الاستئناف المتصل بخرق المادتين 53 و 54 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المقتضيات المذكورة تتعلق بالنزاعات التي تثار خلال إنجاز الصفقة لا بعد الانتهاء منها، فالطلبات الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع التعاقد وما ارتبط بها من تعويضات لا تستوجب سلوك مسطرة المطالبة والتظلم إلى الجهة الإدارية المعنية، فضلا على أن تلك المقتضيات لا يمكن أن تحرم المتعاقد في إطار صفقة عمومية من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه المترتبة عن العقد، سيما أن تلك

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش رقم 3868 بتاريخ 27/07/2018 موضوع الملف عدد 334/7114/2017

(غير منشور).

(2) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 4035 بتاريخ 02/10/2018 في الملف عدد 128/7207/2018 (غير منشور).

المسطرة هي مسطرة ودية وضعها المشرع من أجل التوصل إلى حلول حبية بين الطرفين ولا تحول دون اللجوء إلى القضاء، وما أثير بهذا الخصوص يبقى غير مؤسس «.

ونفس القراءة أعلاه وردت في حكمين صادرين على التوالي عن المحكمة الإدارية بمراكش والرباط، إذ جاء في الحكم الأول:

ما يلي:

«وحيث دفع الطرف المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لخرقها لمقتضيات الفصلين 71 و 72 من كناش الشروط الإدارية العامة المتعلق بصفقات الأشغال.

(...).

وحيث إن النزاع موضوع القضية قد نشأ إثر انتهاء الصفقة ذلك أنه يتعلق بتقليص حجم الأشغال، وبالتالي فإنه لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها أعلاه، مما يكون معه الدفع بخرق المقتضيات المذكورة غير مرتكز على أساس سليم ويتعين رده «.

كما جاء في الحكم الثاني:

ما يلي:

«حيث ينص الفصل 70 من دفتر الشروط الإدارية

العامة على أنه « إذا نشأت صعوبات مع المقاول خلال تنفيذ عقد الصفقة وجه هذا

الأخير إلى السلطة المختصة مذكرة يعرض فيها تظلماته، وتدلي السلطة المختصة

بجوابها داخل أجل الشهرين ... ».

وحيث إن إنجاز الأشغال يجعل الصفقة قد تخطت مرحلة التنفيذ، مما لا وجه معه

للتمسك بهذا الدفع، فضلا عن أن مسطرة التظلم تبقى في جميع الأحوال مسطرة

اختيارية، لا تتمتع بالصفة الإجبارية، لكونها لا يمكن أن تقيد الحق في اللجوء للقضاء

كحق أصيل طبقا للفصل 117 من الدستور، يجب أن يجرد ويتحرر من الشكليات الغير

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش رقم 69 بتاريخ 18/02/2020 موضوع الملف عدد 857/7114/2019

(غير منشور).

(2) الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4099 بتاريخ 12- 12- 2013 موضوع الملف عدد - 102 13-2013

(غير منشور).

الجوهرية التي تعيق الولوجية لمرفق القضاء، طالما أن المشرع نفسه لم يقيدها بجزاء

معين له صلة بالنظام العام، مما تعين معه رد الدفع المذكور «.

والملاحظة العامة من خلال الأعمال القضائية المذكورة أعلاه، هو أن المحاكم

مصدرتها تعتبر بأن المطالب الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع الصفقة، وما ارتبط بها

من تعويضات لا تندرج ضمن الحالات التي يتعين فيها سلوك مسطرة المنازعة الإدارية

القبلية، بمبرر أن المقتضيات التي تنص على سلوك ذلك، تقتصر على الحالة التي تكون

فيها الأشغال موضوع عقد الصفقة في طور التنفيذ ليس إلا.

لكن من المعلوم أنه طبقا لمقتضيات المادة 68 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة

2016، فالمبلغ الإجمالي الناتج عن تنفيذ الصفقة، إنما يحدد بمقتضى الكشف

التفصيلي والنهائي، والذي يعد وثيقة تعاقدية تجمل مجموعة من العناصر التي تأخذ بعين الاعتبار في التسوية النهائية للصفقة، وتهم كميات الأشغال المنفذة والأثمان المطبقة عليها، مراجعة الأثمان، التعويضات الممنوحة ... إلخ.

ويتم التوقيع على هذا الكشف من قبل أطراف الصفقة بما فيها المقاول، وينتج عن موافقة المقاول على هذا الكشف، ومصادقة السلطة المختصة، التزامه وكذا التزام صاحب المشروع بالتسوية النهائية للصفقة.

أما إذا وقع المقاول على الكشوف التفصيلية مع وضع تحفظات، وجب عليه أن يعرض كتابة وبالتفصيل أسباب تحفظاته، وأن يحدد المبلغ موضوع مطالبه، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على الكشوف التفصيلية النهائية، ويتم حينئذ تطبيق ما ورد في المادة 81 المنظم لمسطرة تسوية الخلافات والنزاعات.

وبعد انصرام هذا الأجل يعتبر الكشف التفصيلي مقبولا من طرف المقاول، ويحرر محضر من طرف صاحب المشروع لهذه الغاية.

والخلاصة التي نصل إليها من خلال عرض المقتضيات أعلاه، هي أن المطالبة الناتجة عن تنفيذ الأعمال موضوع التعاقد، وما يرتبط بها، تبقى خاضعة للمسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، خاصة إذا كانت تستند إلى المنازعة في الكشوف الحسابية باعتبارها الوثيقة التعاقدية المحددة للمبالغ المالية الناتجة عن تنفيذ الصفقة.

وبالتالي يبقى توجه المحاكم المذكورة أعلاه في حدود ما ذكر محل نظر، وذلك بالنظر أيضا لصراحة المقتضيات القانونية في الإحالة على هذه المسطرة الإدارية للتسوية تحت طائلة ترتيب بعض الآثار، وفق ما ورد في المواد 62 من دفتر الشروط لسنة 2000 التي أحالت على مقتضيات المواد من 71 إلى 73، والمادة 44 من دفتر سنة 2002 التي أحالت على المادتين 53 و54، وكذا المادة 68 من دفتر سنة 2016 المشار إليها أعلاه، والتي أحالت على المادة 81.

الاعتبار الثاني:

استبعاد بعض المحاكم تطبيق مقتضيات هذه المسطرة بالاستناد إلى موضوع أو طبيعة المنازعة.

وهكذا اشترطت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، من أجل تطبيق مقتضيات هذه المسطرة، بأن يكون النزاع متعلقا بمطالب ناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي، وفق ما جاء في القرار التالي:

« لكن حيث إنه من جهة فبالنسبة لسبب الاستئناف

المتعلق بخرق مقتضيات المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة وذلك عندما قبلت المحكمة دعوى المستأنف عليها بالرغم من عدم تقيدها قبل ذلك بالمسطرة المنصوص عليها في هذا المقتضى القانوني، فإنه باستقراء مترابط وشمولي لكافة فقرات وبنود المادتين المشار إليهما أعلاه، واللتين جاء بهما المشرع من أجل تنظيم تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة، يتبين أنهما فعلا ميزتا

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2148 بتاريخ 9/05/2017 في الملف عدد 236/7207/2015 المضموم إليه الملف عدد 119/7207/2016 (غير منشور).

بين نوعين من أنواع هذه المساطر، بحيث أن الأولى تتعلق بالصعوبات التي تنشأ مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، والتي بمقتضاها يمكن للمقاول في هذه الحالة أن يوجه مذكرة مطالب إلى المهندس الرئيس يعرض فيها تظلماته، وتدلي هذه الأخيرة بجوابها داخل أجل شهرين، وفي حالة حدوث نزاع مع هذه السلطة المختصة جاز للمقاول وداخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تبليغ جواب السلطة المختصة أن يوجه إلى هذه الأخيرة بواسطة رسالة مضمونة بإفادة بالاستلام مذكرة يبين فيها أسباب ومبلغ مطالبه قصد إرسالها مشفوعة برأيها إلى الوزير المختص الذي يجب عليه أن يدلي بجوابه داخل أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تسلم المذكرة المذكورة، وبعد انصرام هذا الأجل تعتبر مطالب المقاول غير مقبولة، وفي هذه الحالة كما في الحالة التي ترفض فيها مطالبه يمكن للمقاول أن يرفع هذه المطالب أمام القضاء المختص، في حين أن المسطرة الثانية وبحسب الفقرة الثالثة من المادة 72 المشار إليها آنفا فتتعلق بالمطالب الناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي حيث يتوجب على المقاول في هذه الحالة أن يرفع مطالبه إلى المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي نتجت عن هذا الكشف وإلا اعتبر كما لو قبل بمضمون القرار

المذكور وتسقط بالتالي جميع مطالبه.

وحيث إنه لذلك، وبالاطلاع على عناصر المنازعة ومعطياتها وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات، وانطلاقا من الضوابط القانونية الآنفة الذكر، وبإسقاطها على واقع النزاع يتبين أن الدعوى الحالية التي رفعتها المستأنف عليها، وخلافا لما وقع الدفع به تبقى مقبولة شكلا مادام أنه ليس هناك ضمن وثائق الملف ما يفيد تبليغها بقرار الإدارة بخصوص المراسلة الموجهة إليها بتاريخ فاتح يوليوز 2013 عن طريق البريد المضمون، حتى يمكن ترتيب الآثار القانونية على ذلك، بشكل يمكنها معه رفع هذه المطالب أمام القضاء المختص بدون التقيد بأي أجل، كما أنه لا يمكن التمسك بمقتضيات الفقرة الثالثة

من ذات المقتضى القانوني والتي لا تكون لازمة التطبيق إلا في الحالة التي يكون فيها النزاع يتعلق بمطالب ناتجة عن الكشف التفصيلي العام والنهائي الذي يحصر بمقتضاه المبلغ النهائي الناتج عن تنفيذ الصفقة ويتناول بالتفصيل مجموع العناصر التي تم أخذها في الاعتبار من أجل التسديد النهائي للصفقة الذي لم ينجز في النازلة أو ما يفيد تبليغه للمستأنف عليها، مما يجعل ما أثير في هذا الصدد غير قائم على أساس «.

كما اعتبرت في قرار آخر بأن تطبيق هذه المسطرة تقتضي بأن يهم الأمر وجود صعوبات مادية في سير الأشغال، وذلك بالرغم من كون المادة من 71 من دفتر سنة 2000 لم تحدد طبيعة الصعوبات مادية كانت أو غيرها لتطبيق هذا الفصل.

وهكذا جاءت حيثية هذا القرار" كالتالي:

« وحيث من جهة ثالثة وفيما يتعلق بالسبب

الثالث للاستئناف المتصل بخرق مبدأ التسوية الحبية للنزاع، فإنه ولئن أشار المشرع في بنود المادتين 71 و 72 من المرسوم رقم 2.99.1087 بتاريخ 4 ماي 2000 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة من أجل تنظيم مسطرة تسوية الخلافات والنزاعات التي قد تثار بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة، والتي يجب التمييز فيها بين نوعين من أنواع هذه المساطر بحيث أن الأولى تتعلق بالصعوبات التي تنشأ مع المقاول خلال تنفيذ الصفقة، في حين أن المسطرة الثانية وبحسب الفقرة الثالثة من المادة 72 المشار إليها آنفا فتتعلق بالمطالب الناتجة

عن الكشف التفصيلي العام والنهائي حيث يتوجب على المقاول في هذه الحالة أن يرفع مطالبه إلى المحكمة المختصة داخل أجل ستة (6) أشهر من تاريخ تبليغ قرار الوزير حول المطالب التي تنتج عن هذا الكشف، وإلا اعتبر كما لو قبل بمضمون القرار المذكور، وتسقط بالتالي جميع مطالبه فإن الأمر في نازلة الحال لم يصادفه أي

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 7329 بتاريخ 31/12/2019 في الملف عدد 457/7207/2016 (غير منشور).

صعوبات مادية في تمويل سير الأشغال للتمسك بالفصل 71، طالما أن الشركة تتمسك بكون النزاع نشأ عن رفض المهندس المعماري التأشير على قيمة الأشغال جراء الشكاية المقدمة ضده من طرف الشركة بدعوى طلب رشوة وفق ادعاء ممثلها، فضلا على أن التظلم يعتبر في حد ذاته مكنة إضافية منحت للدائن في مراجعة الإدارة لتسوية الخلافات حبيا، ولا يمكن جعلها مسطرة تحد من حق اللجوء إلى القضاء، مما يبقى ما أثير في هذا الشأن غير مؤسس ويتعين استبعاده «.

ورغم أن المادة 71 من دفتر سنة 2000 لم تحدد طبيعة الصعوبات التي يتعين فيها تطبيق هذه المسطرة، وذلك بخلاف ما استنتجته قراءة محكمة الاستئناف الإدارية لهذه المادة من خلال القرار أعلاه، فإن المشرع ومن أجل تسوية كل ما يمكن من نزاعات بصفة ودية، فقد نص في المادة 81 من دفتر سنة 2016 على عبارة تفيد التعميم بشأن النزاعات التي تطبق فيها هذه المسطرة، وذلك حينما نص على ما يلي:

« إذا نشأ خلاف كيفما

كان نوعه خلال تنفيذ الصفقة «.

المطلب الثاني :

مزايا المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية

باستحضار الغاية التي شرعت من أجلها المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، والمتمثلة أساسا في إتاحة الفرصة لطرفي عقد الصفقة من أجل التسوية الودية لنزاعاتهم دون اللجوء إلى القضاء، تظهر مزايا هذه المسطرة سواء بالنسبة لصاحب المشروع (الفقرة الأولى) أو بالنسبة لصاحب الصفقة والقضاء أيضا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :

مزايا المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب المشروع

لا شك أن من شأن تفعيل المقتضيات المنظمة للمسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، عدة مزايا بالنسبة لصاحب المشروع، منها ما هو نظري، ومنها ما هو عملي.

بالنسبة للمزايا أو الفوائد النظرية، فتتجلى بالخصوص في منح صاحب المشروع فرصة لإعادة النظر في موقفه وتعديله، أو العدول عما اتخذه من قرارات إذا ما اقتنع بصحة المطالب المقدمة أمامه.

وهكذا بفضل هذه المسطرة، يتمتع صاحب المشروع بحق الخيار بين أن يسوي نزاعه وخلافه مع صاحب الصفقة بشكل ودي، وهو ما يترتب عنه تجنيبه الوقوف موقف المدعى عليه أمام القضاء مع ما يقتضيه ذلك من جهد الدفاع ومصاريفه ... إلخ،

ويحفظ بالمقابل سمعة مختلف مرافق الدولة، وتعزيز الثقة فيها مع انعكاس ذلك على المستوى الاقتصادي والاجتماعي ... إلخ.

ولا تقل الفائدة العملية للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية من أهمية عن المزايا النظرية، خاصة من حيث الآثار المالية المترتبة عن تفعيل هذه المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب المشروع، ويكفي أن أعطي هنا مثالا عن ذلك يخص حالة تأجيل الأشغال أو توقيفها.

وهكذا فإن إقدام طرفي النزاع على تسوية خلافاتهما بشكل ودي مع ما قد يحصل خلال هذه التسوية من تنازل كل منهما للآخر عن جزء مما قد يدعيه لنفسه، أن يترتب عن ذلك تجنيب صاحب المشروع مبالغ مالية إضافية لو تم اللجوء مباشرة إلى القضاء.

ولأن تسوية النزاعات في مثل هذه الأحوال يغلب عليها الطابع التوافقي بين طرفي الصفقة، وهما صاحب المشروع من جهة، وصاحب الصفقة من جهة ثانية، دون حضور الطرف الثالث وهم الخبراء في حالة عرض النزاع على القضاء، والذي يكون دورهم مؤثرا ومختلفا عن حالة تسوية النزاع وديا.

وهكذا إذا كان المشرع قد خول المقاول - وذلك سواء بموجب المادتين 44 و45 من دفتر سنة 2000، والمادتين 48 و49 من دفتر سنة 2016 - الحق في التعويض عن تأجيل الأشغال أو توقيفها، وذلك كالمصاريف التي تفرضها عليه حراسة الورش، وعن الضرر التي تتم معاينته بصفة قانونية، والكل إذا طلب ذلك من صاحب المشروع، ودعم طلبه بالوثائق المثبتة للضرر، فإن تمكينه من التعويض في هذه الحالة، وفي إطار المرحلة الإدارية يكون أفضل بكثير من قيامه بعرض نزاعه على القضاء، وأمره بإجراء خبرة لتحديد هذه التعويضات.

وقد أثبتت الممارسة العملية ذلك في كثير من المنازعات التي عرضت على القضاء، والتي غالبا ما تأتي في إطارها تقديرات السادة الخبراء متسمة بالمغالاة في تقدير التعويضات، رغم عدم ثبوت الأضرار المعوض عنها بالوثائق المقبولة من جهة، وكذا توسيع نطاق أو مشمولات التعويض من جهة ثانية، وتتم مع ذلك المصادقة على هذه التقارير بالرغم من الملاحظات التي تثيرها.

وإذا كان المشرع قد جعل الاستجابة لطلب التعويض عن الضرر رهين بإثباته، ومعاينته بصفة قانونية، وبالوثائق المثبتة لذلك، من قبيل المحاضر التي تحدد عدد الآليات ونوعيتها المرصودة فعلا بالورش، أو بالدفتر اليومي لسير الورش والذي تسجل فيه دوريا الوسائل المستعملة، أو لائحة العمال المرصودة لحراسة الورش، أو الإثبات بواسطة الوثائق المحاسبتية الممسوكة من قبل صاحب الصفقة، قصد تبرير النفقات والأضرار التي تكبدها جراء تجميد آلياته ومعداته وموارده، شريطة ارتباط هذه النفقات المبررة محاسبيا مع التجميد الفعلي الحاصل نتيجة أشغال الصفقة، ولأسباب تعود أساسا إلى أوامر صاحب المشروع ... إلخ، وذلك حتى تكون تقديرات التعويض مبنية على اليقين، وعلى الوثائق المثبتة لها

(1) القرار الصادر عن محكمة النقض رقم 562/4 بتاريخ 10/11/2020 موضوع الملف الإداري عدد 884/4/4/2020 (غير

منشور).

لا على مجرد الاحتمال والتخمين، إلا أن الممارسة العملية تكتفي أحيانا بالاستناد إلى

تقديرات شخصية للخبراء، وتكتفي المحاكم بالمصادقة عليها بالرغم من ذلك، وأدلي هنا بمثال في هذا الإطار، يتعلق بقرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط(1)، والذي جاء فيه ما يلي:

«(...) ومن جهة ثانية، فإن مقتضيات المادة المذكورة نصت على وجوب معاينة هذا الضرر بصفة قانونية من طرف صاحب المشروع بالرجوع إلى الوثائق المثبتة التي يدلي بها المقاول، وأنه في نازلة الحال فقد أشار الخبير المنتدب من طرف هذه المحكمة بخصوص هذه المسألة إلى أن طرفي النزاع لم يقدما مذكرة تنفيذ الأشغال لمعرفة كافة الوسائل التعاقدية التي كان المتعاقد يعتزم تجنيدها لتنفيذ الأشغال ضمن العرض التقني، ونالت موافقة صاحب المشروع، كما أنه لم يتم تدوين في محاضر الورش وصول وإنزال ومغادرة الوسائل البشرية والمعدات المستعملة التي تم رصدها للمشروع، وتتبع الدخول والخروج من الورش، للرجوع إليه عند المطالبة بالمستحقات عند الاقتضاء، غير أن الخبير بالرغم من ذلك وبعد تفقده للأشغال المنجزة ومعرفة طبيعتها وكيفية تنفيذها وبحكم تخصصه وخبرته في مجال البناء والهندسة المدنية، خلص إلى تقدير مصاريف الأضرار الناتجة عن إيقاف الأشغال التي ترجع إلى الإدارة خلال مدة 388 يوما إلى ما مجموعه 2.681.79506 درهم، ويتعين تبعا لذلك اعتماد ما جاء في تقريره بهذا الشأن «.

ولتهيئة الدليل في حالة حدوث نزاع بشأن تأجيل الأشغال، وتفاديا لمثل الوضعية المشار إليها أعلاه، نص المشرع بموجب الدفتر الجديد على أنه في الحالة التي يتم فيها التأجيل بعد الشروع في الأشغال، القيام بمعاينة المواد الممونة، وكذا بالجرد التفصيلي لمعدات المقاول وتركيباته في الورش، ويتم إعداد وضعية لهذه الغاية يتم توقيعها حضوريا من طرف العون المكلف بتتبع تنفيذ الصفقة، والمشرف على الأشغال عند الاقتضاء والمقاول (المادة 48 من دفتر سنة 2016).

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 639 بتاريخ 09/03/2020 في الملف عدد 104/7207/2018 المضموم إليه الملف عدد 142/7207/2018 (غير منشور).

والملاحظ فضلا عما تقدم، أنه بالرغم من تحديد المشرع للتعويض في المصاريف التي تتطلبها حراسة الورش، وعن الضرر الذي يلحق بالمقاول جراء التأجيل أو التوقيف، إلا أن

المحاكم الإدارية تتوسع في نطاق التعويضات الممنوحة، كما يتضح من خلال حيثية القرار التالي:

« وحيث بخصوص الأسباب المتصلة بالمنازعة في التعويض عن توقف الأشغال بفعل الإدارة صاحبة المشروع، فإنه لما كان من شأن حجز الضمانة النهائية والاقتطاع الضامن من طرف الجماعة صاحبة المشروع، وعدم تحرير الكفالة البنكية التي تقوم مقامها طيلة مدة التوقف في المشروع أن تترتب عنه فوائد تأخيرية تؤديها المقاولة لفائدة البنك مصدر الكفالة والتي قدرها الخبير في مبلغ 1.666.193،31 درهما على النحول المفصل في الصفحة 25 من تقريره، فإنه يتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض، كما أن المقاولة قد رصدت مجموعة من الموارد البشرية وكذلك جمدت مجموعة من الآليات طيلة مدة التوقف بلغت نفقاتها بحسب الخبير (...) فإنه يتعين اعتمادا على ما جاء في تقديرات الخبير (...) بشأن التعويض عن الضرر الناجم عن تجميد الآليات ورصد الموارد البشرية طيلة مدة التوقف، ويتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض.

وحيث من جهة أخرى بخصوص التعويض عن ما فات المقاولة من ربح نتيجة عدم إتمام المقاولة للأشغال بفعل الإدارة البالغ قيمتها (32.028.060،00) درهما، مما فوت على المقاولة تحقيق ربح يساوي (6405612،00) درهما بحسب هامش ربح نسبته 20% المعمول بها في مجال صفقات الأشغال، ويتعين اعتبار المبلغ المذكور في احتساب التعويض.

وبناء عليه إذا كانت التعويضات التي يتم الحكم بها يجب أن تقتصر على الأضرار الحالة والمحققة بكيفية فعلية والناتجة مباشرة عن تأجيل أو توقيف تنفيذ أشغال عقد الصفقة

(1) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 4541 بتاريخ 28/12/2020 موضوع الملف عدد 158/7207/2019 الذي ضم إليه الملف عدد 225/7207/2019 (غير منشور).

لأسباب تعود أساسا إلى أوامر صاحب المشروع، فإن التعويضات التي يتم الحكم بها تتسم أحيانا بالمبالغة سواء في تقدير هذه التعويضات أو في تحديد نطاق أو مشمولات هذه الأخيرة، وذلك إما بالاستناد على خلاصات تقارير الخبراء، أو من خلال إعمال

المحاكم الإدارية لسلطتها التقديرية في تحديد هذه التعويضات.

لهذه الاعتبارات تظهر فائدة ومزايا تسوية نزاعات الصفقات العمومية على مستوى المرحلة الإدارية، لأنها تجنب صاحب المشروع تحمل تعويضات عن أضرار غير مثبتة أحيانا، أو مستبعدة من التعويض في بعض الأحيان الأخرى، أو مبالغ في تحديدها، فضلا عن مبالغ أخرى تكون من مستلزمات اللجوء إلى التقاضي كالمصاريف القضائية، أتعاب الخبراء ... إلخ، وهو ما يقتضي من صاحب المشروع التحلي بالموضوعية، والتفاعل بشكل ايجابي مع مطالب صاحب الصفقة، والذي يبقى معنيا هو الآخر بمزايا هذه التسوية الودية، كما سنرى ذلك من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة الثانية:

مزايا المسطرة الإدارية بالنسبة لصاحب الصفقة وللقضاء

لا تعود فائدة تفعيل المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية على صاحب المشروع وحده، وإنما تهم كذلك صاحب الصفقة، وكذا مرفق القضاء أيضا.

وهكذا فمن شأن الاستجابة لطلبات صاحب الصفقة أن يتم تسوية النزاعات المثارة بينه وبين صاحب المشروع، ومن ثمة تجنيبه أعباء التقاضي وما يقتضيه من إجراءات قد تطول بحسب مراحل التقاضي، بالإضافة إلى ما يستدعيه هذا المسار من تكاليف (رسوم قضائية، أتعاب الدفاع والخبراء ... إلخ).

ولا تخفى أهمية استيفاء صاحب الصفقة لمستحقاته أو تعويضاته في أقصر الآجال، من خلال تمكينه من تغطية نفقاته ومصاريفه، وأداء التزاماته تجاه الأغيار من ممونين وأبناك ... إلخ.

كما أن من شأن تفعيل المسطرة الإدارية للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية أن يحافظ على العلاقات فيما بين طرفي الصفقة، وتسود الثقة فيما بينهم، خصوصا بالنسبة للمستقبل إذا ما حصلت تعاقدات أخرى.

ومن الفوائد المهمة أيضا، والتي قد تنتج عن تفعيل المتنافس لمقتضيات المادة 169 من مرسوم الصفقات العمومية من خلال توجيه شكايته للجهات المعنية، أنه يمكن حسب مرحلة المسطرة، إما :

أ) أن يتم الأمر بالقيام بتصحيح الخلل المثبت؛

ب) أن يتم تقرير إلغاء المسطرة.

كما يمكن وقبل أن يتم تقرير الإلغاء، أن يأمر بإيقاف مسطرة الدعوة إلى المنافسة لمدة

لا تفوق عشرة (10) أيام كحد أقصى شريطة ما يلي:

- أن تكون الشكاية صحيحة وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يلحقه ضرر

إذا لم يتم توقيف المسطرة؛

- ألا يترتب عن توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين.

وهذه الفوائد قد لا تتحقق حتى بسلوك مسطرة الطعن بالإلغاء مباشرة، واستصدار حكم

يقضي بالإلغاء، لأن إلغاء القرار المنفصل ليس من شأنه التأثير على الوجود القانوني لعقد

(1) - ذ. مراد أيت الساقل، تطور اجتهاد القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن هيئة

المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 124.

الصفقة المبرم بين طرفيه، وبالتالي يمكن متابعة تنفيذه لأجل مصلحة المرفق العام من

جهة، وهو نفس الأمر ينطبق على مسطرة! ايقاف التنفيذ، بالنظر للمدة الزمنية التي قد

يستغرقها البت في النزاع، والذي قد يحصل - البت في النزاع - بعد إتمام إبرام الصفقة

وتنفيذها أحيانا من جهة ثانية، مما لا يبقى معه للمتضرر سوى إمكانية تقديم دعوى من

أجل المطالبة بالتعويض إن توفرت موجباتها.

والأكيد أن من شأن هذه التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية أن تعود مزاياه أيضا

على القضاء الإداري من خلال تخفيف العبء عنه، خصوصا إذا تعلق الأمر بنزاعات

بسيطة قابلة للتسوية والحل على مستوى المرحلة الإدارية، والتي يجدر عدم شغله بها،

وبالتالي تمكينه من تعبئة جهده للملفات التي تستعصي عن هذه التسوية، والتي يكون

تدخله فيها لا مناص منه، لما تنطوي عليه من تعقيدات قانونية أو تقنية.

خاتمة

نخلص من خلال كل ما تقدم إلى القول، بأن القضاء الإداري في عمومه لا يضفي الصبغة

الإلزامية على المسطرة الإدارية باعتبارها آلية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، ويعتبرها

مسطرة ودية اختيارية لا يحول عدم تفعيلها دون اللجوء إلى القضاء، بمبرر أن المشرع لم يرتب جزاء عن عدم سلوكها مما يخول للمقاول الخيار بين سلوك هذه المسطرة، وبين اللجوء مباشرة إلى القضاء.

وإذ نتفهم موقف القضاء الإداري وحرصه من خلال إقراره للصبغة الإختيارية لهذه المسطرة، على عدم ضياع حقوق صاحب الصفقة خصوصا إذا كانت جدية ومشروعة،

(1) - ذ. حميد ولد البلاد، القضاء المستعجل الإداري في مجال العقود والصفقات العمومية، مجلة المحامي الصادرة عن

هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات الإدارية، العدد 67، ستنبر 2016، ص 110.

إلا أن لموقفه بالمقابل بعض النتائج غير المرغوب فيها من قبيل:

- ترسيخ المسلك السلبي في التعامل مع هذه المسطرة، سواء من قبل صاحب الصفقة، أو من قبل صاحب المشروع.

- طرح سؤال الجدوى من سن المقتضيات القانونية المنظمة لهذه المسطرة، إذا لم تفعل على مستوى الممارسة العملية، سواء من قبل المخاطبين بها، أو من طرف القضاء، خصوصا إذا استحضرنا الحكمة من وراء سنها، والمتمثلة أساسا في الرغبة في حل الكثير من المنازعات المرتبطة بالصفقات العمومية بطريقة ودية دون تدخل القضاء.

لذلك يكون من الأفضل بالنسبة للمخاطبين بهذه المقتضيات العمل على تفعيلها، وذلك من خلال:

- مبادرة المتنافس أو صاحب الصفقة - على حسب الأحوال - إلى المطالبة بتفعيل مقتضيات مرسوم الصفقات العمومية، أو دفتر الشروط الإدارية العامة، عبر سلوك المسطرة الإدارية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، وذلك في مرحلة أولى، واللجوء إلى القضاء بعدها إذا لم تؤد هذه التسوية الودية إلى حل للنزاع المطروح على مستوى المرحلة الإدارية.

- حرص صاحب المشروع على التحلي بالموضوعية، والتجاوب بشكل ايجابي مع مطالب صاحب الصفقة من خلال الجرأة في اتخاذ القرارات المرضية للطرفين، وذلك من أجل حسم النزاع على مستوى المرحلة الإدارية، بالنظر لفوائد ذلك بالنسبة لصاحب

المشروع، وصاحب الصفقة، والقضاء أيضا.

مدى تأثير جائحة كورونا على فعالية وسيلة .VII
التحكيم في فض المنازعات

من إعداد الدكتورة كوثر الرفاعي

إطار بالوكالة القضائية للمملكة

يشهد العالم في هذه الآونة أزمة عالمية لم يسبق لها مثيل من حيث الطبيعة أو الانتشار أو الآثار، وهي أزمة كورونا المستجد (COVID- 19)، والتي لم تترك مجالا إلا وكان لها آثار سلبية عليه، وأحدثت تغييرات جذرية في كثير من المفاهيم الثابتة والمستقرة في الوجدان الدولي.

وعلى هذا النحو، أعلنت منظمة الصحة العالمية في السنة الماضية حالة الطوارئ على كل الدول من أجل أخذ كل الاحتياطات اللازمة لمواجهة هذه الجائحة، مما تسبب في اضطرابات كبرى طالت كل جانب من جوانب حياتنا اليومية، أهمها الجانب القضائي، حيث تأثر سير الإجراءات القضائية الجارية.

ونتيجة لذلك، فقد تم إغلاق مقرات المحاكم في بعض البلدان، إذ أصبحت الأطراف التي تقاضي نزاعاتها نفسها بالفعل في موقف مقلق بسبب تأخيرات كبيرة، وجداول زمنية غير مؤكدة لحل قضيتها بفعل الفيروس المذكور، وهذا ما قد يجعل ذات الأطراف تبحث عن وسائل بديلة لفض منازعاتها تكون أكثر فاعلية مثل التحكيم.

هذا الأخير لقي خلال السنوات الأخيرة إقبالا غير مسبوق في الميدان التجاري سواء على الصعيد الوطني والدولي، إذ أصبح أداة مهمة لحل المنازعات وذلك بفضل ما يتميز به من مزايا متعددة، لكونه يجد أساسه في إرادة الأطراف واتفاقهم من جهة،

وفي كون المحكم المختار من طرفهم لا ينتمي إلى القضاء الرسمي للدولة، مما يسمح

بوصف التحكيم بالقضاء الخاص.

والتحكيم كوسيلة لفض النزاعات كانت معروفة منذ القدم، بحيث عرفت لدى

جميع الحضارات بما في ذلك الحضارة العربية، ونظرا لأهمية هاته الوسيلة، فقد تدرج

تشريعنا المغربي بتقنينه منذ الحماية إلى آخر تنظيم له بموجب القانون الجديد رقم 95.17

المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر بتاريخ 24 ماي 20221.

لذا، فقد قام هذا القانون بتحديد تعريف قانوني خاص بمفهوم التحكيم، وذلك

بمقتضى المادة الأولى منه، إذ يقصد به بأنه:

« عرض نزاع على هيئة تحكيمية تتلقى

من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم ((3.

وهكذا، وأمام اجتياح جائحة كورونا في العالم، أصبحت مقاربة الانتقال

من التقاضي الرسمي التقليدي إلى وسيلة التحكيم كآلية بديلة لفض المنازعات مسألة

ضرورية، ذلك لأننا نجد أن الكثير من المؤسسات التجارية وأنشطتها عجزت عن الوفاء

بالتزاماتها، مما أدى إلى بروز منازعات تجارية مختلفة تقتضي طبيعتها التجارية والائتمانية

أن تتم تسويتها بشكل سريع يتفق مع طبيعة هذه المعاملات.

والحقيقة، إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو ما طبيعة التحكيم

الذي يكون أكثر فاعلية في تدبير المنازعات لفائدة الأطراف التي اختارت اللجوء إلى

(1) ظهير شريف رقم 34.22.1 صادر في 23 من شوال 1443) 24 ماي (2022 بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم

والوساطة الاتفاقية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7099، 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022).

(2) للإشارة فقبل صدور القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، كان القانون رقم 08.05 المضمن في

قانون المسطرة المدنية المغربي بمقتضى الفصل 306 منه هو المكلف بتحديد مفهوم التحكيم، وقد عرفه بأنه: «حل نزاع من

لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم».

- والملاحظ أن التعريف الجديد لمفهوم التحكيم الوارد في القانون رقم 95.17 هي نفس الصياغة من حيث المضمون بمجملها

الواردة في الفصل 306 من القانون رقم ،08.05 وإن كان من حيث الشكل فالتعريف الوارد من كلا القانونين يختلفان في عبارة

واحدة، ويتعلق الأمر أن المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد اعتبرت التحكيم عرض النزاع، والفصل 306

اعتبرته حل النزاع.

هاته الوسيلة في زمن كورونا؟، هل الطبيعة تتحدد في أن يكون التحكيم عادي حضوري

أم التحكيم الكتروني؟.

صراحة، إن الإجابة ستكون مباشرة، وذلك بالقول إن طبيعة التحكيم في الوقت

الراهن سيتم عن بعد، نظرا لكون الفترة الحالية تشهد تزايدا ملحوظا في فض المنازعات

التحكيمية عبر الانترنيت، وذلك لمقتضيات العصر المتزايدة أو في سبيل الخروج من

تداعيات الجائحة العالمية التي نعيشها الآن.

وعليه، ونظرا لأهمية التحكيم الالكتروني في ظل انتشار وباء كورونا وخاصة في

الميدان التجاري،، والتي تتجلى بعضها في عدم قيام الأطراف بالانتقال من بلد لآخر

من أجل

حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات، وسرعة الفصل في النزاع والسرية في

كل مراحله، ثم سهولة الحصول على الحكم التحكيمي بشكل الكتروني من خلال

مواقع مصممة لهذا الغرض، فإننا لن نتعمق في تحديد مفهومه، أو شروطه أو إجراءاته

المسطرية!، بقدر ما يهمنا هو الإجابة على الاشكال الجوهري ألا وهو « ما مدى تأثير

جائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم في فض المنازعات»؟ هل هاته الجائحة

أثرت بشكل سلبي على فعالية هاته الوسيلة؟، أم أنها أثرت بشكل إيجابي في

ذلك؟.

(1) نحيل بذلك على القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وبالضبط في المادتين 35 و 36.

للإجابة على هذا الإشكالات وغيرها سوف نعتمد على المنهجية التالية:

المطلب الأول:

التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

المطلب الثاني:

التأثير الايجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

المطلب الأول:

التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

حقيقة إن فيروس كورونا يثير مخاوف رئيسية في المجال القانوني، إذ تتأثر خاصة مجموعة من عقود التوريد بشكل كبير، ولا يتم الوفاء بالالتزامات التعاقدية بشأنها، وفي هذا الاتجاه ينصب التركيز على حالات القوة القاهرة وأحكامها، ولكن في ظل إجراءات الاقفال التام وحظر السفر على الصعيد العالمي، فقد تأثر سير الإجراءات القضائية الجارية، كما تأثرت جلسات التحكيم التي توقفت مما أدى إلى تعليقها!، ومن هنا، يظهر التأثير السلبي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم من خلال تحديد الأسباب المباشرة (أولا) والأسباب غير المباشرة في ذلك (ثانيا).

أولا:

الأسباب المباشرة.

يتمثل السبب السلبي المباشر المؤثر على فعالية آلية التحكيم لتسوية المنازعات في ظهور فيروس كورونا، والذي نتج عنه وقف جلساتها نتيجة الإعلان عن حالة الطوارئ التي اتخذتها جل دول العالم من بينها المغرب بناء على مرسوم بقانون؟، هذا الأخير حاول منذ بروز البوادر الأولى لفيروس كورونا في شهر مارس من سنة 2020 من أن

(1) مقال إلكتروني نشره مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي (تحكيم)، «تدابير مكافحة فيروس كرونا المستجد (كوفيد 19)

تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات ،» «تأثير أزمة فيروس كرونا المستجد (كوفيد (19 على التحكيم، العدد رقم 3، يونيو

/ يوليوز 2020، مطبعة صادر الإمارات العربية المتحدة، الصفحة:

2. https:

//www.tahkeem.ae > handlers

(2) مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 23) مارس (2020 يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ

الصحية وإجراءات الإعلان عنها، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020).

يقيد من الفاعلية التقليدية السابقة لآلية التحكيم في فض المنازعات المعروضة أمامها، المتجسدة في الحضورية، أي حضور الأطراف المتنازعة مقر هيئة التحكيم قصد التوصل إلى حل يتوافق بينهما، ينتج عنه استصدار الحكم التحكيمي.

بمعنى كذلك، أن من آثار الأزمة ما شهده العالم من حالات الإغلاق وتوقف حركة النقل، ومنع السفر أو الانتقال بين الدول، وهو ما أدى بذاته إلى صعوبة تسوية المنازعات التجارية بالوسائل التقليدية التي توجب الحضور المادي لأطراف المنازعة، ومن تم الاستعانة بالوسائل التقنية الحديثة في تسوية هذه المنازعات عن بعد أو بوسائل إلكترونية !.

وبطبيعة الحال، هذا السبب المباشر المذكور جعل وسيلة التحكيم في الوقت الحالي تتحول من نظام قضائي عادي يتسم بالحضورية، إلى نظام قضائي إلكتروني محض يتسم بعدم الحضورية، على الرغم من أن حالة الطوارئ خففت نوعا ما في الوقت الحالي، إلا أن الالتزام باللجوء إلى قواعد المعلوميات والالمام بها أصبح ضروريا عند اختيار التحكيم خصوصا إذا كان النزاع دوليا، أو أن أحد أطراف الملف مقره بعيدا عن مكان النزاع.

ومن هنا، لابد من الإشارة على أنه إذا كان التحكيم أصبح اليوم في ظل الجائحة يفرض أن ينعقد الكترونيا، فإن هذا الأخير كان في السابق اختياريا وكان معمولا به من طرف الشركات الأجنبية المتعددة الجنسيات بحكم بعد الأطراف المتنازعة عن مكان الهيئة المعتمدة من أجل التوفيق بينهم عن طريق آلية التحكيم.

(1) الدكتور عبد الله عبد الحي الصاوي، ورقة بحثية للمشاركة في المؤتمر العلمي الخامس لكلية التجارة جامعة طنطا، بعنوان:

« أثر أزمة كرونا على الاقتصاد القومي المقترحات والحلول «، المحور التالت:
الجوانب الاقتصادية، كلية الشريعة والقانون

بالقاهرة جامعة الأزهر، الصفحة:
.2

وفي هذا الإطار، نشير على أنه أصدرت عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 9 أبريل 2020 مذكرة توجيهية بشأن التدابير الممكن اتخادها للتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا على تحكيمات الغرفة المذكورة، مقدمة للأطراف والمستثمرين وهيئات التحكيم، وفي ما يلي نورد مقتطفات مترجمة لهذه المذكرة:

« يشكل فيروس كورونا

كارثة صحية إذ عطل الاقتصاد العالمي على نطاق واسع، وبالتالي سيقوم هذا الفيروس بتعطيل العديد من إجراءات التحكيم الجارية أمام غرفة التجارة الدولية، ويخلق منازعات جديدة سيكون التقدم بها أكثر صعوبة بسبب مخاوف تتعلق بالسلامة وفرض القيود المتعلقة بالصحة العامة للحد من أو إبطاء انتشار الفيروس، ومع ذلك يمكن للأطراف والمستشارين وهيئات التحكيم التقليل إلى الحد الأدنى من هذا التعطيل والصعوبة وربما تجنبهما عن طريق الاستخدام المدروس لأدوات إدارة الدعاوى المتاحة بالفعل، إما بموجب قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية (القواعد)، أو من خلال الخطوات الإضافية التي تتخذها محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية (المحكمة)، لتبسيط عملياتها الداخلية ... » !.

ثانيا:

الأسباب غير المباشرة.

يتحدد تأثير جائحة فيروس كورونا السلبي على فاعلية التحكيم في كونه يظهر هذا التأثير أيضا بشكل غير مباشر، ويتبين ذلك من خلال ضرورة استخدام الأنترنيت حتى يتم البت في المنازعات السابقة الخاضعة للتحكيم وحتى اللاحقة نتيجة التدابير الاحترازية المعمول بها في حالة الطوارئ، وهذا نعتبره سببا غير مباشرا يظهر أمام أشخاص قد لا تكون لهم تغطية في شبكة الانترنيت، أو قد لا تكون لهم دراية معلوماتية كافية تمكنهم من تتبع قضاياهم عبر الموقع الإلكتروني للهيئة التحكيمية، وفي هذه الحالة قد

https:
//cms.iccwbo.org

(1) أنظر الموقع الالكتروني الخاص بالمحكمة الدولية للتحكيم (ICC).

يجعل وسيلة التحكيم غير فعالة بالنسبة لهم.

وبالتالي، فإن العراقيل التي يطرحها الفيروس الجديد لا ترتبط سوى بالحضور الفعلي في جلسات الاستماع، ما يتمثل عادة بحضور الأطراف كافة والخبراء والشهود شخصيا عند

إجراء عملية التحكيم، فإنه يجري الآن تكييف جلسات التحكيم مع العالم الافتراضي، وبذلك يكون قد تم إدخال شكل جديد من أشكال التحكيم، ألا وهو حل النزاعات عبر الانترنيت !.

وفي هذا المنوال، إذا كانت العديد من الهيئات التحكيمية العالمية قد حاولت أن تطور من خدماتها عن بعد في زمن فيروس كورونا، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي التي قامت بتحديث الخدمات في 18 مارس 2020، إذ عملت بكامل طاقتها إرشاد الأطراف إلى تقديم جميع الطلبات الجديدة من خلال نظام التقديم عبر الأنترنيت أو عبر البريد الالكتروني، مع دفع رسوم التسجيل إلكترونيا إلى حسابه المصرفي أو عن طريق بطاقة الائتمان، كما أخطرت ذات المحكمة أنها سوف تتوافق في جميع الحالات باستثناء الحالات مع الأطراف والمحكمين عبر البريد الإلكتروني فقط؟.

فماذا إذن، عن تعامل هيئات التحكيم المغربية مع التأثير السلبي الغير المباشر على فعالية التحكيم؟، إن الإجابة تكون عبر اتخاذنا لنموذج المركز الدولي لحل النزاعات بالرباط، إذ بالرغم من وجود هذا التأثير، فقد حاول قدر الإمكان بناء تصور عام وشامل يتماشى مع الظرفية الحالية التي يشهدها العالم، فقام بتوفير خدماته وتكويناته عن بعد،

(1) مقال إلكتروني نشره مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي (تحكيم)، «تدابير مكافحة فيروس كرونا المستجد (كوفيد 19)

تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات .... ((، م، س، ص:
2.

(2) مقال إلكتروني نشره موقع التحكيم الدولي، «فيروس كورونا (COVID - 19) والمحاكم: الانتقال من التقاضي إلى التحكيم؟،

بتاريخ 18/04/2020.

https :

www.international- arbitration- attorney.com /ar/coronavirus- covid- 19.

كما قام بتقديم بدائل وحلول وخيارات سريعة وآمنة لتسوية النزاع عبر موقعه الالكتروني :

وأيضا أصدر مجلة إلكترونية متخصصة تعنى بالطرق البديلة لحل ،iccr- maroc.com

المنازعات.

ومن تم، فإذا كانت جائحة كورونا قد أثرت بشكل سلبي مباشر أو غير مباشر على فعالية وسيلة التحكيم في أن يقوم بالدور المنوط به لفض المنازعات التجارية أو الاجتماعية أو المدنية، فإننا لا يمكن لنا أن ننكر أن هذه الجائحة كان لها تأثير إيجابي مهم في تقوية مزايا هاته الآلية، وهو الأمر الذي سنسعى تبيانه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

التأثير الايجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم.

إن القاعدة المتأصلة في مجال التحكيم، أن التحكيم الوطني (الداخلي) يعتبر قضاء خاصا واستثنائيا من مساطر التقاضي العادي، بحيث يبقى القضاء الرسمي (قضاء الدولة) هو الأصل في فض المنازعات والتحكيم استثناء، بينما في التحكيم الدولي فإن التحكيم هو الأصل في التقاضي فهو قضاء أصيل، ويبقى القضاء الرسمي استثناء، أي لا يلجأ إليه إلا نادرا، والعلة واضحة لأن الأجنبي والطرف في العقد لا يرغب في الخضوع لقضاء دولة أجنبية، وبالتالي يبقى قضاء التحكيم هو المفضل والأمثل والمنشود !.

ومن هنا، نقول أن هذه القاعدة الأساسية لازالت قائمة رغم ظهور جائحة كورونا، وإن كان عمليا من ناحية الإجراءات المسطرية للتحكيم أصبحت مع تفشي هذا الفيروس تحيد شيئا ما عن الحضورية لتتم بشكل إلكتروني، إلا أن هذا وفي حقيقة الأمر سيقوي من فعالية آلية التحكيم في فض المنازعات المعروضة عليه، وسيخفض من ترا كم الجلسات وطولها.

(1) الدكتور عبد الله درميش، » مفهوم التحكيم الدولي إلى أين ؟ ،» مجلة دفاتر محكمة النقض » التحكيم والوساطة الاتفاقية»،

العدد 25 ، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة MbArt ، السنة: 2015، الصفحة: 11.

وعلى هذا، تتجلى مظاهر هذا التأثير الإيجابي لجائحة كورونا على فعالية وسيلة التحكيم في العديد من الصور نقتصر على أهمها في: إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا (أولا)، ثم تنظيم جلسات الاستماع الافتراضية (ثانيا).

أولا: إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا.

أكد البند 10 من المذكرة الإرشادية لغرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من تأثير جائحة كوفيد 19 الصادر بتاريخ 09 أبريل 2020 أن الأمانة العامة التابعة لغرفة التجارة الدولية اعتمدت على تبسيط الإجراءات لتعزيز الكفاءة، وتجنب التأخيرات المحتملة بسبب هذا الوباء من خلال اعتماد الشكل الإلكتروني كطريقة أساسية للتواصل معها بدء من تقديم الطلب، وإيداع المستندات، وكذا الإخطارات بعد اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم إلى وسائل الاتصال الإلكترونية !.

وفي هذا الصدد، نجد أيضا مشرعنا المغربي تبنى نفس توجه غرفة التجارة الدولية، وذلك بمقتضى القانون الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، إذ نظم لنا مسألة إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية بشكل إلكتروني تنسجم مع الظرفية الاستثنائية التي تمر منها البلاد بسبب فيروس كورونا، وذلك بمقتضى المادة 35 منه التي توجب في مضمونها بأنه يتوجب على طالب التحكيم أن يتقدم خلال الموعد المتفق عليه بين الأطراف أو الذي تعينه الهيئة التحكيمية، بمقال التحكيم مكتوبا أو بطريقة إلكترونية، يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المطلوب في التحكيم وعنوانه، وعرض لوقائع القضية، وتحديد موضوع النزاع والطلبات إلى غير ذلك ...

(1) براهيمي نوال، «الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية»، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة البليدة، المجلد: 34 / عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، تاريخ النشر: يوليوز 2020، الصفحة:

وهو الأمر الذي قضت به كذلك غرفة التجارة الدولية في مذكرتها الإرشادية في البند 11 منها، إذ أنه يمكن تقديم الطلب في شكل إلكتروني مرفقا بجميع المستندات المعضدة للطلب عن طريق البريد الإلكتروني للأمانة العامة، التي تقوم بدورها بالتواصل فورا مع صاحب الطلب للتأكد مما إذا كان تقديم الطلب في هذا الشكل ممكنا، وبالتالي فإن السلطة التقديرية هنا تعود للأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية لتحديد ما إذا كان تقديم الطلب في شكل افتراضي كاف لتحريك إجراءات التحكيم أم يتطلب الأمر تقديم الطلب ماديا.

وبذلك، إن إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية بشكل الكتروني خلال الفترة الأولى من تفشي فيروس كورونا يوفر للمتنازعين العديد من الإمكانيات لعرض حسم النزاع أمام محكم مفرد أو في الخضوع لمركز تحكيم معين، وتحقيق مقاصد الحفاظ على حياة الانسان من المرض، نتيجة ما قد يسببه تواجدهم في المحاكم العادية والتجمع إلى انتشار الوباء، وأن اعتماد أسلوب التحكيم التجاري الالكتروني في الوقت الحالي لدى المراكز التحكيمية الدولية سيؤدي إلى استمرار العمل في مراكز التحكيم المتنوعة الدولية، وتحقيق العدالة عند حسم النزاع وتوفير المردود المادي لهذه المراكز من جراء ذلك !.

وعليه، إن أزمة كورونا لها أيضا تأثير إيجابي في تنامي فعالية آلية التحكيم لفض المنازعات، وذلك من خلال جعل إلزامية تحريك الدعوى التحكيمية إلكترونيا، وهذا ما لاحظناه يتجسد عندما أصدر معهد التحكيم لغرفة تجارة ستوكهولم بتاريخ 23 مارس 2020 معلومات حول سياسة العمل والحدث الحالية، عن طريق إبلاغ مستخدميها أن تعمل بكامل طاقتها أثناء العمل عن بعد، وأنه يجب تقديم جميع طلبات التحكيم SCC الالكتروني إلى se.chamber@bitration

(1) الأستاذ مصطفى ناطح صالح، («أبعاد التحكيم التجاري الالكتروني في ظل وباء كورونا ،» مقال الكتروني منشور بتاريخ

15/04/2020 على الموقع التالي:

portal.arid.my/ar- ly

ثانيا:
تنظيم جلسات الاستماع الافتراضية.

تمتاز إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية بأهمية قصوى لضمان فعالية التحكيم كقضاء من نوع خاص بصفة عامة، ولضمان فعالية حكم التحكيم بصفة خاصة، وبالنظر إلى تعدد إجراءات ووسائل تحقيق الدعوى التحكيمية، فإنها غالبا ما تندرج ضمن الإجراءات الوقتية والتحفظية، حيث يصعب الفصل بينهما لتبقى الغاية المتوخاة من الإجراء هي المحدد ولو بشكل نسبي".

وعلى هذا، يعد تنظيم جلسات الاستماع الإفتراضية إجراء من بين إجراءات التحقيق في الدعوى التحكيمية التي تتم عن بعد، إذ يؤثر بشكل إيجابي في تحسين فعالية وسيلة التحكيم عند البت في دعوى معينة رغم الظروف الاستثنائية الناتجة عن ظهور فيروس كورونا.

وبهذه المناسبة، نشير إلى أن المذكرة الإرشادية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من تأثير جائحة كوفيد 19 الصادر بتاريخ 9 أبريل 2020 في البند 16 تؤكد أن الظروف الاستثنائية المفروضة بفعل الوباء قد جعلت من غير الممكن عقد الاجتماعات ماديا في مكان واحد، وذلك بالنظر إلى اعتبارات الصحة والسلامة إلى جانب قيود السفر المفروضة، وهنا ينبغي على الأطراف والمحامين ومحكمة التحكيم أن تتفق على إمكانية تأجيل جلسات الاستماع إلى وقت لاحق، أو إجراء هذه الجلسات افتراضيا أو إجراؤها وجها لوجه عن طريق الحضور الجسدي مع أخذ الاحتياطات اللازمة.

وأيضا، أوجبت ذات المذكرة في البند 22 منها في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى الاجتماع عن بعد باستخدام وسائل التواصل التكنولوجية أو قررت

(1) الدكتورة نهال اللواح، «إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية بين سلطة المحكم وتدخل القضاء - دراسة مقارنة -)»، مجلة دفاتر

محكمة النقض التحكيم والوساطة، العدد:

25، السنة:

2015، الصفحة:

المحكمة أن المضي في جلسة سماع افتراضية سيسمح بإصدار حكم تحكيمي قابل للتنفيذ على أساس عادل، وسريع وفعال من حيث التكلفة، فإنها تلجأ إلى هذا النوع من الجلسات الافتراضية حتى وإن لم يتفق الأطراف على ذلك أو اعترضوا عليه، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب على المحكمة التحكيمية بعد التشاور مع الأطراف، أن تصدر قرارا مسببا توضح فيه أسباب لجوئها إلى عقد الاجتماع في شكل افتراضي، مراعية ملابسات ومعطيات القضية المعروضة.

ختاما لما سبق، نقول إن الوسائل البديلة لحل النزاعات التي يمكن اللجوء إليها كطرق بديلة للتقاضي هي وسائل توفر فعالية ومرونة ونجاعة في إصلاح ذات البين، والتي قد لا تتوفر في القضاء الرسمي، ووسيلة التحكيم سواء كان إبرامها يتم بشكل تقليدي أو بشكل إلكتروني ينتمي إلى هاته الوسائل، والتي حاولت أن تثبت لنا رغم الظروف الاستثنائية التي يمر منها العالم اليوم بسبب فيروس كورونا فعاليتها بشكل إيجابي، رغم الآثار السلبية الذي أنتجها هذا الفيروس تسببت في تأخير جلسات التحكيم، وصدور أحكام متأخرة التنفيذ، إلا أن التسريع في إحداث منصات إلكترونية خاصة بهيئات التحكيم الوطنية أو الدولية ساهم في تذويب تلك الآثار والتخفيف منها، إذ أصبح اليوم يزداد إبرام التحكيم إلكترونيا كل يوم ضمانا للسرية والسرعة في فض المنازعات المختلفة، وتخفيضا من التكلفة والمصاريف.

وهو الأمر الذي اعتمده القانون المغربي الجديد رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، إذ أقر أيضا بالعمل بالطريقة الجديدة لوسيلة التحكيم عن بعد التي أفرزتها جائحة كورونا، إلا أن هذا الشكل الالكتروني لا ينبغي أن يلغي مبدأ الحضورية كقاعدة أصلية مهمة التي تقرها الهيئة التحكيمية عند فض المنازعات، وهذا يفرز فعالية كبيرة في تحقيق العدالة ما بين أطراف الدعوى الذين اختاروا اللجوء إلى وسيلة التحكيم.

:تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير .VIII

رهان العدالة

السريعة

من إعداد:

الأستاذ حميد السريدي

د كتور في القانون الخاص

إطار بالوكالة القضائية للمملكة

مقدمة

من المعلوم أن هناك قطبان اثنان في المجتمعات القانونية، قانون دون قاضي أي قاضي يتحرك بحذاء المشرع، وقانون دون تشريع أي قانون قضائي خالص!، والأكيد أنه في نظامنا القانوني ينحصر دور القضاء في تطبيق القانون وتفسيره على أبعد حد، مما يبقى منه مصدرا هشا للقواعد القانونية.

في هذا السياق لم يتقدم الفكر القانوني الحديث سوى خطوات محددة للغاية بخصوص نظرية الالتزام عموما ومصادره على وجه الخصوص، بحيث أضاف إلى تلك المصادر مصدرا سادسا متمثلا في الحكم القضائي في إطار ما يسمى بنظرية الالتزام القضائي؟.

ويبدو أن قاعدة تمديد اتفاق التحكيم للغير تتعارض مع مقولة مونتيسكيو بأن القضاة ليسوا إلا اللسان الذي يتكلم بأحاديث القانون، فهم كائنات جامدة لا تستطيع خلق القاعدة القانونية".

(1) زهير ناعيم :
«مدخل إلى أسس التفكير القانوني»، مطبعة المعارف الجديدة/الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص:
.201

(2) سمير تناغو:
«الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2014، ص:
.6

(3) زهير ناعيم، مرجع سابق، ص:
.204

من الناحية التاريخية، يلاحظ أن المحكمين كانوا مترددين في قبول فكرة تمديد نطاق آثار اتفاق التحكيم إلى أطراف غير موقعة، ليتغير النهج بشكل جذري على مستوى التحكيم الدولي.

وقد شهد المجتمع الدولي بالفعل تغييرا عميقا بخصوص مقاربة هذه المسألة بدءا من الرفض الصريح والقاطع لإقحام طرف غير موقع في التحكيم قبل بضعة عقود، ثم بعد ذلك وبوتيرة تدريجية سمح بتمديد اتفاق التحكيم إلى الغير !.

و نشير أن نظرية تمديد اتفاق التحكيم نشأت نتيجة للممارسة العملية، وتبناها القضاء حيث نجد أن أول قرار أسس لهذه القاعدة قرار غرفة التجارة الدولية بباريس من خلال القضية المشهورة ب "Dow Chemical، مما يسمح بالقول بأنها «مخلوق قضائي».

وتعكس هذه النظرية قدرة الفكر التجاري على خلق القواعد القانونية الكفيلة بتنظيم ميدان الأعمال التجارية بما يسهم في تخليق الممارسة التجارية ودعم الائتمان وتطهير مجالات اهتمامه من الشوائب التي تعيق مسيرته وفق خصوصيات المعاملات التجارية.

Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini:

« Droit de l'arbitrage interne et international », L.G.D.J, édition - (1) »

2e, 2019, p:

637

(2) - تتلخص وقائع هذه القضية في مبادرة شركتين من مجموعة شركات أمريكية، Chemical Dow إلى التعاقد مع شركة

فرنسية -Gobain Saint- Isover لتوزيع منتجاتهما من العوازل الحرارية في فرنسا، وقد تضمن العقدان شرط تحكيم وفقا

لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد شروع الشركة الفرنسية في تنفيذ العقد، وبسب نزاع حول جودة المنتجات،

فوجئت هذه الأخيرة بفسخ العقد من قبل شركة أخرى تابعة للمجموعة الأمريكية المذكورة العاملة بفرنسا، وتم إحالة النزاع

على التحكيم من قبل الشركتين التابعتين للمجموعة المذكورة والموقعتين على العقد، وإلى جانبهما الشركة الأم والشركة

الأخرى الفرع التي باشرت فسخ العقد مع العلم أن هاتين الآخيرتين لم توقعا على العقد. دفعت الشركة الفرنسية المدعى

عليها بعدم اختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرع لم تكونا طرفا في العقد المتضمن

لشرط التحكيم. ولقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع مستندة إلى الطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات، ومن

تم يمتد إليها شرط التحكيم، لأنهما يمثلان في النهاية حقيقة اقتصادية واحدة، حتى وإن كان لكل شركة شخصية قانونية

مستقلة عن غيرها.

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم المتقدم، مستندة إلى الإرادة المشتركة لكل

من الشركات المعنية، ومن ثم فإن «شركة Chemical Dow الأم والشركة الفرع في فرنسا كلتاهما كانت طرفا في العقود، على

الرغم من أنهما لم توقعا عليها، وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجهتهم.

1982, Septembre 23 du 4131, n° (C.C.I), internationale commerce de Chambre de Sentence Amissi Manirabo- (3)

na:

de Groupements des sein au multipartite l'arbitrage à consentement du problématique La « sociétés », Mémoire,

Université de Montréal, 2006, p:
42

ذلك أنه مع تطور الممارسة التجارية اتضح أن مؤسسة نسبية العقود تتعارض مع التطور

الذي يسم الأنشطة التجارية، ومن تم تعد نظرية التمديد تطورا طبيعيا وشرعيا لهذه

المؤسسة الكلاسيكية التي تقوم على الشكلية في قيام الالتزامات عموما، عكس القانون

التجاري الذي يرتكز على السرعة وحرية الاثبات البعيدة عن الشكليات التى تعيق التداول

السريع للمعاملات.

يأتي هذا الموضوع في سياق جديد أضحى يحكم العقود، بحيث يعكس تحولا

من خلال الانتقال من البعد العمودي الذي يؤطر العلاقة المباشرة البينية بين الدائن

ومدينيه، إلى علاقة أفقية تستحضر بالإضافة إلى علاقة المدينين بالدائن حماية المشروع الاقتصادي.

والأكيد أن تمديد اتفاق التحكيم ليشمل أشخاص لم يوقعوا عليه يشكل أحد الموضوعات الأساسية في عالم التحكيم المعاصر، لاسيما في التحكيم الدولي، وتعكس هذه النظرية الدور الذي يضطلع به القضاء في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية، في سياق العدالة المنتجة التي تعد هذه النظرية أحد تمظهراتها !.

لقد ساهمت التحولات الاقتصادية والعلاقات التجارية المتشابكة ومتطلبات حماية الفاعلين الاقتصاديين خاصة الدوليين إلى دفع المحاكم التحكيمية والوطنية إلى المس بركن التراضي في التعاقد عبر تمديد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير غير الموقع على هذا الأخير.

ذلك أن التطبيق الصارم والحرفي لمبدأ الأثر النسبي للعقد من شأنه أن يضر بمصداقية التحكيم لا سيما في إطار العقود المترابطة وكذا مجموعات الشركات، خاصة على مستوى تشتت النزاع المرتبط بالعقود المترابطة ومضاعفة الاجراءات الموازية، وبالتالي

Maeva ZWIRN :

Mé- », anglais droit en et français droit en arbitrage en tiers des recours de voies des Etude «

(1)

.moire, Universite Paris Sud Master 2 Juriste d'affaires franco- anglais 2013- 2014, p :

11

إصدار قرارات متناقضة في قضايا مرتبطة ببعضها البعض، خاصة أمام غياب مساطر قانونية مشابهة لتلك المتبعة أمام عدالة الدولة".

أمام هذا الوضع تبقى آلية تمديد اتفاق التحكيم إلى أشخاص لم يتم التوصل معهم إلى اتفاق صريح، أهم الحلول لتركيز المنازعة أمام المحكمة التحكيمية الواحدة؛

لما لذلك

من تحقيق للأمن التعاقدي والقضائي الأمر الذي يعكس الأهمية التي يحتلها الموضوع قيد الدراسة.

من خلال ما سبق ذكره، تتجلى لنا إشكالية الدراسة في مدى مراهنة القضاء التحكيمي

على آلية تمديد اتفاق التحكيم في تدعيم السرعة المتطلبة للبت في المنازعات التجارية

في ظل غياب نصوص قانونية تسعف في إعطاء إجابات عن الحقائق الاقتصادية

المستجدة ؟

إن صياغة الاشكالية المركزية في شموليتها أدى إلى طرح جملة من التساؤلات الفرعية

تتجلى في ما يلي:

هل يمكن أن نتصور أن تمتد آثار اتفاق التحكيم للغير، وإذا كان

الجواب بالإيجاب فعلى أي أساس يرتكز ذلك؟ ماهي الأسباب وراء تقرير هذه النظرية

على خلاف ما هو مقرر قانونا؟ ماهي المصلحة القانونية التي تسعى هذه النظرية إلى

حمايتها؟ وماهي الآثار القانونية التي ترتبت عن التقعيد لنظرية تمديد اتفاق التحكيم إلى

الغير؟

وعموما كان للانتقال من مبدأ نسبية آثار العقود إلى مبدأ توسيع آثارها إلى الأغيار بالغ

الأثر على التوجهات العامة، بحيث تعكس قاعدة التمديد التضارب بين مبدأ سلطان

الإرادة الذي يحكم مؤسسة التحكيم ومبدأ سلطان القاضي البارز من خلال تمرده على

(1) ذلك أنه إذا حدث ورفع الدائن عدة دعاوى مستقلة على مدينيه أمام محكمة واحدة، فإنه ولحسن سير العدالة

وتفادي صدور حكمين في نفس القضية وما قد يترتب عليها من آثار قانونية، فإن المشرع خول وفق المادة 110 من قانون

المسطرة المدنية للأطراف أو لأحدهم أن يطلبوا ضم الدعاوى للبت فيها بحكم واحد، كما للمحكمة أن تأمر بذلك من

تلقاء نفسها

قاعدة نسبية آثار العقود (المحور الأول)، الأمر الذي مس بالقواعد التشريعية الراسخة

(المحور الثاني).

المحور الأول:

اتفاق التحكيم بين مبدأي النسبية والتمديد

قبل الحديث عن مظاهر التمديد القضائي لآثار اتفاق التحكيم للغير وما يرتبط بها من

قضايا (ثالثا)، نسلط الضوء بداية على مبدأ سلطان الارادة كمبدأ أساسي يحكم مؤسسة التحكيم (أولا) ثم تحديد مفهوم الغير في التحكيم (ثانيا).

أولا:

هيمنة سلطان الإرادة على التحكيم

قد يبدوا منذ الوهلة الأولى أنه من المستحيل ايجاد أية علاقة بين مؤسسة نسبية آثار العقود، ونظرية التمديد بالنظر لتناقض واختلاف الأساس الذي تنبني عليها كل منهما، فإذا كان التحكيم ينبني بالأساس على سلطان الإرادة المطلق المستمد من الاختيار الحر للأطراف وبمحض إرادتهم للجوء إلى هذه الوسيلة لتسوية منازعاتهم معبرين عن ذلك من خلال شرط يدرجونه في العقد الذي يربطهم أو من خلال مشارطة تحكيم عبارة عن عقد يبرمونه فيما بينهم بعد قيام المنازعة، وفي كلتا الحالتين بمقدرتهم اختيار المحكمين واختيار القواعد المسطرية وكذا الموضوعية التي سيتم إعمالها للتوصل لحل النزاع دون رقابة عليهم من القضاء أو التشريع؟، وذلك عكس لو التجائهم إلى المساطر القضائية الرسمية الذي تتشكل من مجموعة من القواعد التشريعية التي تستمد أساسها من سلطان القانون.

ويظهر طغيان الطابع الإرادي على مسطرة التحكيم، سواء على مستوى الحرية التعاقدية (أ)، أو على مستوى منع التدخل في المنازعة التحكيمية (ب).

(1) ينص الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية:

« اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل

نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.

يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم)».

(2) رياض فخري:

«التحكيم ومساطر صعوبات المقاولة أي علاقة» المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 4، 2009، ص:

22

أ:

هيمنة الإرادة على تفاصيل المحاكمة التحكيمية

من المؤكد أن سلطة القانون تتقاسمها في كل دولة السلطة التشريعية والجماعة والأفراد، فالسلطة التشريعية تسن القوانين، والجماعة تضع العرف والعادة الذين هما بمثابة قانون، شرط ألا يخالفاه إن كان صريحا، والأفراد يشرعون لأنفسهم عن طريق العقود التي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها !.

وتعد الحرية التعاقدية، التعبير السامي لاستقلالية الإرادة، وقد تم إقرار هذا المبدأ لأول مرة من طرف مدرسة القانون الطبيعي لجون جاك روسو، وتم إنعاشه في مرحلة ثانية بفضل الفكر الفلسفي السائد في القرنين الثامن والتاسع عشر، وتقوم هذه الفلسفة على حرية الفرد في الالتزام بدون إكراه *.

ومؤدى مبدأ الحرية التعاقدية أنه يحق للأفراد إبرام ما شاءوا من العقود وتضمينها ما شاءوا من الشروط وترتيب ما أرادوا من آثار عن تعاقدهم وذلك دون الالتزام بشكليات معينة، ولا يتدخل القانون إلا ليفرض احترام هذه الاتفاقيات للنظام العام والأخلاق الحميدة أي في النهاية ضمان حماية حرية الآخرين .

ويعني أيضا بأنه يكفي حدوث الرضى لانعقاد العقد وأن المتعاقدين مستقلين في تحديد مضمون العقده، أي أن للأطراف حرية بلورة التصرف وفق مشيئتهم وترتيب جميع الآثار بناء على ذلك.

(1) أحمد شكري السباعي:
«مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية»، الدورة التخصصية في المادة التجارية، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، المعهد العالي للقضاء، يونيو 2004، ص:
148.

(2) الحسن بنهي:
(الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي)» - مطبعة دار السلام الطبعة الأولى 2005 -ص:
144.

(3) محمد الشرقاوي:
((النظرية العامة للالتزامات العقد الارادة المنفردة المسؤولية التقصيرية» ، دار القلم الرباط، 2003، ص:
41.

Pillippe DELEBECQUE:
« Droit des obligations ; contrat et quasi contrat », 3 éme éd Litec ;Juris -clas- - (4)
. seur.2003, p:

إن هذا المبدأ التشريعي هو جوهر مؤسسة التحكيم وقطب رحاها الذي تدور حوله، بحكم أن إرادة الأطراف، تعد أرضية وأساس السلطة القضائية للمحكم، بمعنى أن للإرادة موفور السلطة على إجراءات التحكيم وأنها هي الأصل الذي يستلهم منه المحكم سلطاته في البت في المنازعة.

فالتحكيم يستند في وجوده إلى الإرادة المشتركة للأطراف والتي وحدها يمكن أن تمنح للمحكم سلطته القضائية من خلال التراضي على كل تفاصيل مؤسسة التحكيم، وبالتالي فإن الاحترام الصارم لمبدأ نسبية أثار العقود يقتضي أن المحكمة التحكيمية ملزمة من جهة بما جاء في العقد من بنود، ومن جهة أخرى لا ينبغي لها أن تلزم الغير بالانضمام إلى المحاكمة التحكيمية.

ب:

منع المحكمة من الإدخال التلقائي للغير في الدعوى التحكيمية

من المبادئ الكلية في قانون المسطرة المدنية، مبدأ سيادة الخصومة!، ومبدأ حياد القاضي*، وعليه فدور القاضي إزاء الدعوى عموما يكون سلبيا على نحو ما حيث يكتفي بالاستماع إلى المرافعات والاشراف على تبادل المذكرات في إطار تجهيز القضية للبت فيها.

وباعتبار الاجراءات المتبعة في مسطرة التحكيم تختلف تماما عن إجراءات التقاضي العادية، فالأصل في التحكيم أنه لا يجوز أن يتسع نطاقه الشخصي إلى غير أطرافه، في إطار مبدأي نسبية آثار اتفاق التحكيم الذي يعد المنهاج الذي يسلكه المحكم في البت

(1) يقصد بمبدأ سيادة الخصومة في النزاع، أن هذا الأخير ملك للأطراف فهم الذين يرفعون الدعوى إلى القضاء ويرسمون

معالمها ويتولون دفع إجراءاتها في كل لحظة ويملكون حق الدفاع كما أن لهم التنازل عنها، أنظر نبيل إسماعيل عمر:

»

الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية«، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص:

707، أشار إليه، هشام

المراكشي، مقالته السابقة، ص:
77.

(2) يقصد بمبدأ حياد القاضي أن هذا الأخير يجب أن يبقى محايدا فعبء الادعاء والاثبات يقعان على الخصوم بشكل

مباشر وفي الحدود التي رسمها القانون ويقع على القاضي مهمة تقدير هذا النزاع وإعطائه الوصف القانوني الذي ينطبق

عليه، فليس له أن يضيف من عنده موضوع الطلب أو سببه وقائع لم يستند إليها الخصوم أو عرفت خارج نطاق الخصومة،

ففي كل هذه الحالات يظل الحياد مطلقا لأن القاضي لو فعل ذلك لصار خصما وهذا لا يجوز قانونا، انظر في هذا

المبدأ، نبيل اسماعيل عمر:
» امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات»، المعرف الاسكندرية،

سنة 1989، ص:
14 أشار إليه، هشام المراكشي، مقالته السابقة، ص:
77 ..

في المنازعة، وكذا لمبدأ سيادة الخصومة، لذلك لا يجوز مبدئيا أن يتم السماح للغير بالتدخل في خصومة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك!، كما أنه لا يمكن ذلك بسبب نشأتها الاتفاقية*، وفي ظل غياب أي مقتضى قانوني في التشريع المغربي بخصوص جوازية التدخل وإدخال الغير في مسطرة التحكيم، نجد موقف محكمة النقض بخصوص مسألة إدخال الغير في الحكم التحكيمي يتسم بالتضارب، حيث ذهبت في أحد قراراتها إلى أنه لا تسري آثار الحكم التحكيمي إزاء الغير ولو ذيل بالصيغة التنفيذية، ما دام المشرع قد خص هذ الغير بسلوك مسطرة التعرض الغير الخارج عن الخصومة لتجريد الحكم التحكيمي من قوته الثبوتية من جهة، ومن قوته التنفيذية من جهة ثانية !.

في حين ذهبت في قرار أخر إلى وجوب أن يرد رئيس المحكمة طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية إن امتد إلى أشخاص ليست أطراف في اتفاق التحكيم، لأن صلاحية رئيس المحكمة بصدد التذييل لا تتوقف عند مراقبة النظام العام وإنما تتعداه إلى

التقيد باتفاق التحكيم ونطاق الاختصاص وأطراف التحكيم *.

ويستخلص من ذلك أن الغير لا يمكنه أن يتدخل في المحاكمة التحكيمية وأن له

فقط ممارسة الطعن بالتعرض الغير خارج عن الخصومة وفقا للقواعد العامة؛
، مالم يتفق

الأطراف على إدخاله وموافقة الهيئة التحكيمية على ذلك.

وبحكم أن اتفاق التحكيم ينظم طريقة إرادية لحل النزاعات، فإن أي انضمام إلى

الاجراءات التحكيمية التي تقرر المحكمة التحكيمية سيكون مخالفا للطبيعة الخاصة

Amissi Manirabona :

« La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des Groupements - (1)

.de sociétés », Mémoire , Université de Montréal, 2006, p :
86

(2) زايد اليزيد» عقود البوت BOT آلية تعاقدية حديثة رهان لتقوية التعاون الاقتصادي»، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي اسماعيل، السنة الجامعية، 2020/2021، ص:
389 وما بعدها.

(3) قرار عدد 750 بتاريخ 4/70/2007 ملف التجاري رقم 299/3/1/2006 المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي العدد

2، ص:
101.

(4) قرار عدد 294 بتاريخ 18/02/2010 ملف تجاري رقم 955/3/1/2008 المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي العدد 2، ص:
102.

(5) نظم المشرع تعرض الغير الخارج عن الخصومة في الفصول من 303 إلى 305 من قانون المسطرة المدنية.

والتعاقدية للتحكيم. وضرب من ضروب الالتفاف على مبدأ سلطان الارادة.

وأمام غياب مثل هذه المكنات تبقى آلية تمديد اتفاق التحكيم أداة لتركيز المنازعات

وإجراء يمكن الغير من ولوج الخصومة التحكيمية بالرغم من عدم توقيعه على اتفاق

التحكيم.

ثانيا:

تحديد مفهوم الغير في التحكيم

إن السؤال الذي ستحاول الاجابة عنه هذه النقطة يتمحور حول ما إذا كان لايزال بالإمكان تصنيف الغير في إجراءات التحكيم بكونه الشخص الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم بينما تدخل في العلاقة التعاقدية المتنازع حولها بصورة ما؟

من المعلوم أن مصطلح الغير يتمتع بخصوصية كبيرة، بحيث يختلف مفهومه باختلاف مجال دراسته، وهو مصطلح قانوني غامض ودقيق بالرغم من انتشاره الواسع في مختلف فروع القانون.

والمشرع نجده كان واعيا بهاته الخصوصية لهذا نجده لم يتصدى لتحديد مفهوم الغير، باعتبار هذا الأخير له معان متعددة وقد اختلفت التعريفات الفقهية للغيرا، وبذلك يكون الغير ذو طابع نسبي إذ أن مفهومه قد يكون واسعا أو ضيقا حسب الحالات؟.

أمام غياب تعريف تشريعي لمفهوم الغير في المساطر التحكيمية فتح الباب أمام الفقه في محاولة تحديده، فيعرفه البعض في مجال التحكيم بكونه كل شخص ليس طرفا في الاتفاق ولا خلف عام أو خلف خاص لأحد أطرافه"، وقال آخرين أن الغير في إجراء

(1) لتوسع في مفهوم الغير انظر، محمد محروك» مفهوم الغير في العقد- التحديد والآثار»، أطروحة لنيل الدكتوراه في

القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال، السنة الجامعية :
2014-2015.

(2) هشام المراكشي:
» المساطر الكفيلة بحماية الغير في قانون المسطرة المدنية»، مجلة الارشاد القانوني، العدد المزدوج

الثاني والثالث، 2018، ص:
71.

(3) - د. سميحة القليوبي:
«اتفاق التحكيم» سنة 2010، متاح على الموقع Aleyarbitration.blogspot.com.

التحكيم كل شخص ذاتي أو شخص معنوي لم يوقع على الاتفاق١، وذكرت محكمة

النقض المصرية أن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم، والغير هو من ليس طرفا في اتفاق التحكيم؟.

ومعيار التمييز بين الطرف والغير يعتمد على معيارين، الأول شكلي ومقتضاه أن من وقع الاتفاق وقام بتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة فيعد طرفا، ويشترط هنا أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة ولا يعتد بالتعبير الضمني، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى إتباع هذا الطريق"، والمعيار الثاني موضوعي وفيه يعد طرفا كل من كان ممثلا في الاتفاق، وكل من لم يكن طرفا في الاتفاق وفقا للمعيارين السابقين فهو من الغير"، أي يقصد بالغير كل شخص لم يشارك في العملية التعاقدية سواء بشكل مباشر أو من خلال نائب.

كما يعتبر الغير وفق القواعد الاجرائية كل شخص لم يشارك في الدعوى قضائية سواء باعتباره مدعيا أو مدعا عليه أو غير متدخل في الدعوى، أو كممثل؟.

الأصل أن تنصرف آثار العقد إلى طرفيه أي إلى من إبرام العقد بإرادته ولا تمتد آثاره للغير لكنها قاعدة نسبية، حيث ميز الفقه بين الغير المطلق وأطراف أخرى للغير لم يوقعوا على العقد)«Les Faux Tiers»، هذا بعد أن جعل المشرع آثار العقد تمتد لكل من الخلف العام والخلف الخاص.

arbitrage en signataires non parties des à extension son et d'arbitrage clause la Pablo, Juan interne et interna- - (1)

tional, le 28 Décembre 2013, sur le site, www.correadelcasso.com/fr

(2) - نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 13/2/2014، متاح على موقع محكمة النقض المصرية https: //www.cc.gov.eg

(3) - نقض مدني 607 لسنة 63، جلسة 27/3/2007، متاح على موقع محكمة النقض المصرية . https: //www.cc.gov.eg

(4) - محمد نور شحاتة:

«دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير»، 4 مايو 2013، متاح على الموقع :

.www

.facebook.com/permalink.php

. Maeva ZWIR, op cit, p :

(5) 20

(6) زكري ايمان:

«حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية»، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد.

تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص:
20

فإذا كان الغير المطلق هو كل شخص لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا لأحد طرفيه ولا دائنا اتجاه واحد منهما فلا تمتد إليه آثار العقد، فإنه توجد فئات أخرى من الغير لم يوقعوا على أي عقد ورغم ذلك تنسحب إليهم آثاره فيكونوا بحكم الأطراف المتعاقدة.

إذ أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر نقطة الانطلاق من أجل التمييز بين الغير والطرف المتعاقد، حيث إن الأطراف وحدهم الملزمون بالعقد، أي الأشخاص الذين وقعوا العقد فقط، ومع ذلك لا يجب التقيد بوقت إنشاء العقد لتحديد من هم أطرافه، فإلى جانب الأطراف المتعاقدين هناك أطراف متصلون بالعقد وهم أجانب وقت نشوء العقد إلا أنهم يتلقون بعض نتائجه الإيجابية أو السلبية، فتحديد صفة الشخص ما إذا كان طرفا في العقد أو من الغير يجب ألا يستند لوقت نشوئه فقط إنما أيضا لوقت تنفيذه !.

وفي سياق التحكيم يمكن تصنيف الغير إلى فئتين، من جهة الغير الحقيقي أو الغير المطلق الأجنبي تماما عن التحكيم « veritable tiers », ou « tiers absolu «أي الذي لم يوقع على شرط التحكيم ولم يشارك في دعاوى تحكيمية بأي صفة، والمحكمة في هذه الحالة ليست لها أي وسيلة لفرض القوة الالزامية لاتفاق التحكيم على هذا الشخص الذي يظل غيرا بالمفهوم الدقيق.

كما نجد من جهة أخرى الغير المزيف أو الصوري «faux tiers»، الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم ولكنه لعب دورا أساسيا ومحوريا في العملية التعاقدية محل المنازعة والتي قادت الأطراف إلى تفعيل التحكيم، هذا الدور يسمح للمحكمة التحكيمية من خلال مجموعة من المؤشرات التي يتعين عليها استبيانها بالسماح بتمديد اتفاق التحكيم إلى هذا الغير.

(1) Jacques Ghestin :

« La distinction entre les parties et les tiers au contrat », Lexis- Nexis Juris Classeur, nº 48 Novembre 1992, P : 520.

وفي إطار بحث مفهوم الغير في مؤسسة التحكيم، ندرك أن مكانته في هذه الوسيلة البديلة لفض المنازعات أضحت محل نقاش وجدال فقهي وقضائي لدرجة التشكيك الذي برز مع تمديد آثار اتفاق التحكيم إلى أطراف لم توقع عليه ماديا، فالشخص الذي كان أجنبيا عن العقد وقت توقيعه قد يصبح ملزما بآثاره وقت تنفيذه، مما يؤدي إلى انتقاله من مركز الغير إلى وضع الطرف غير الموقع، أي ينتقل من الغير الصوري أو المزيف بحيث يزيح عليه القضاء ذلك الغطاء ليتحول إلى طرف حقيقي في المنازعة التحكيمية.

وهكذا، فإن صفة الغير أو صفة الطرف إنما هي صفة متحولة، خاصة بالنسبة للأشخاص الذين لهم مصلحة مرتبطة بالعقد دون أن يكونوا قد وقعوا عليه، حيث يظهر هنا الغير ذي المصلحة مظهر الطرف رغم أنه غير موقع على العقد، ويمكننا أن نقول أن وقت تنفيذ العقد هو الذي يحدد صفة الطرف الملتزم بالعقد وصفة الغير المطالب باحترام الوضعية القانونية الناشئة عنه دون أن يكون طرفا في الاتفاق الذي لم ينشئ بإرادته.

ولابد من الاشارة في هذا الصدد، أن هناك مستجدات على مستوى الممارسة في تدبير العقود والمنازعات، هذه المستجدات على مستوى التحكيم لم تجد لها أرضية أو إجابات قانونية في ظل نظام العقد والاتفاق المؤطر في القانون المدني، صحيح أن هذا الأخير ومساطره، قدما لنا آليات قانونية لتدبير المنازعات الناجمة عن العقود، لكن التحكيم كممارسة تجاوز ما هو مؤسس في قانون الالتزامات والعقود وخاصة نظرية نسبية آثار العقود، وبالتالي ووضعنا أمام منعطف جديد عوانه البارز» البحث عن آليات أو مبررات أو مسوغات فكرية ونظرية وتأصيلية للإجابة عن هذا المستجد»، وهو ما سيتضح من خلال ما سيأتي بعده.

ثالثا:

حالات تمديد اتفاق التحكيم للغير

إذا كانت القواعد القانونية العامة ترجح التوازن العقدي بين الأطراف وذلك استجابة

لامتدادات «قدسية» وسمو مبدأ سلطان الارادة، فإن القواعد التجارية جاءت لترجح البعد الاقتصادي على البعد العقدي، لذلك نجدها تهب لتقوية عنصري السرعة والثقة بين المراكز القانونية للفاعلين الاقتصاديين.

هكذا ومن أجل تحقيق فعالية للتحكيم تلجأ المحاكم التحكيمية إلى آليات عملياتية بهدف تنفيذ اتفاق التحكيم ولو على حساب الأغيار. هذه المحاباة لمؤسسة التحكيم يمكن تلمسها في جميع الاعمال القضائية التي طورتها المحاكم الفرنسية على مدى الخمسين عاما الماضية مما جعل من باريس مكانا خصبا في قضايا التحكيم الدولي.

وعلى النقيض من ذلك، تعارض بريطانيا مبدأ التمديد المرن لاتفاق التحكيم وتحد من الآليات التي تسمح بذلك !.

وتفيد قاعدة تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير، أن المحكم كقاضي الخصومة التحكيمية يقوم بتعديل نطاق اتفاق التحكيم بما له من سلطة تقديرية، بحيث يعتمد على آليات ومؤشرات معينة لتقرير أن آثار اتفاق التحكيم تتجاوز نطاق الأطراف الموقعة، إلى الغير غير الموقع على هذا الاتفاق.

إن الآلية التي تسمح بتمديد اتفاق التحكيم للغير يمكن أن ترتكز إما على الاعتبار الشخصي، بمعنى إلى أشخاص غير الأطراف الموقعة أصليا في إطار ما يسمى بمجموعات الشركات (أ)، أو على الاعتبار الموضوعي، أي التمديد إلى عقود أخرى غير تلك التي تضمنت شرط التحكيم وقت إبرامها (ب)".

Maeva ZWIRN :

Mé- », anglais droit en et français droit en arbitrage en tiers des recours de voies des Etude « (1)

.moire, Université Paris Sud Master 2 Juriste d'affaires franco- anglais 2013- 2014, p : 11

(2) - ومن أجل حماية المركز القانوني للغير باعتبار أن قاعدة التمديد أمر جلل بالنسبة للغير «المزيف أو الصوري»، لانه

من ناحية يرى نفسه ملزما بطريقة لحل نزاع لم يوافق عليها بمحض إرادته الصريحة، ومن ناحية أخرى أنه قد

يصدر

الحكم التحكيمي في مواجهته، له سبل متاحة للدفاع عن مركزه القانوني عبر آلية الطعن في قرار التمديد نفسه أو أي نقطة

أخرى تتعلق بتنفيذ عقد التحكيم. أنظر في هذا السياق.

.Maeva ZWIRN, op cit

أ:

التمديد في مجموعة الشركات

نكون أمام مجموعة الشركات كلما كان هناك عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداها وتسمى بالشركة المسيطرة أو الأم، وتسمى الشركات الخاضعة، بالشركات التابعة، وتتميز مجموعة الشركات بأنها تخضع لقرار اقتصادي واحد وفي نفس الوقت تتمتع كل شركة بالمجموعة باستقلال قانوني عن باقي شركات المجموعة، ووفقا لقاعدة الاستقلالية هذه، فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي الشركات، بحكم أن اتفاق التحكيم غير ملزم في الأصل للغير وفقا للقاعدة الكلية !.

في ظل الحقائق الاقتصادية الجديدة كيف لهذه المسلمة القانونية العريقة أن تصمد أمام هذه المتغيرات، والدينامية التشريعية المؤطرة لميدان المال والأعمال؟

المسألة خلافية بحيث ذهب جانب من الفقه إلى عدم سريان اتفاق التحكيم لباقي شركات المجموعة استنادا إلى مبدأ سلطان الارادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى؟، بينما ذهب الاتجاه الغالب إلى امتداد الاتفاق إلى الغير.

هكذا، ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى سريان الاتفاق في مواجهة باقي الشركات واستندت في ذلك إلى الارادة المشتركة لهذه الشركات في الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداهما ولو لم يقم بعضها بالتوقيع، وأضافت أن شرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المحتوي على الشرط وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد على نحو يفرض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولو لم توقع على العقد الذي يتضمنه، وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه هيئة

(1) - الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن:
«الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر

الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون.»

(2) سميحة القيلوبي:
«اتفاق التحكيم)» سنة 2010 متاح على الموقع الالكتروني التالي :
Aleyarbitration.blogspot.com.

التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي إذ قضت بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشاريع المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقد يتضمن شرط التحكيم، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد هذه العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه !.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن امتداد شرط التحكيم إلى باقي الشركات المشتركة في نشاط اقتصادي واحد يقتضي وجود وقائع تتعلق بمركزهم ونشاطهم المشترك مما يفترض حتما علمهم بوجود الشرط ونطاقه، وهذه الوقائع تخضع لتقدير القاضي.

وعلى خلاف ذلك قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة بالحكم ببطلان الحكم التحكيمي الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وبإلزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه، وذلك على أساس أنه تجمعهما وحدة اقتصادية،
واستند القرار القاضي بالبطلان إلى أن الشركة الأولى ليست طرفا في النزاع ولم تتفق على اختيار التحكيم كطريق للتقاضي مما يبطل الحكم ضدها بطلانا متعلقا بالنظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها !.

وهو نفس التوجه الذي تم تأكيده في الأمر الرئاسي الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء الذي رفض تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية في جزئه المتعلق بتمديد شرط التحكيم لشركة اينا هولدينغ ، حيث أسس قضاءه على كون هذا التمديد فيه مساس بالنظام العام المغربي، وبالتالي يعد إجراءا باطلا مستوجب لرد الطلب في مواجهتها.

(1) القضية التحكيمية رقم 109 لسنة 1998 ، مركز القاهرة التحكيمي، جلسة ،11/3/1999 مجلة التحكيم العربي،

العدد

الثاني، ص:

224.

.Maeva ZWIRN, op cit, p:

18 (2)

(3) استئناف القاهرة، دائرة تجارية، جلسة 5/8/2000، أشار اليه محمد أنور شحاتة، مرجع سابق، ص:

160.

(4) أمر عدد 3921 بتاريخ /28/12 في الملف عدد 2426/1/2011 ، منشور بمجلة القانون والاعمال، عدد خاص بالتحكيم

الجزء الأول، ص:

215.

وقد تم الطعن بالاستئناف في مواجهة هذا الأمر أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 29/05/2013 فتح له أمامها الملف عدد 2669/8224/2013، وبعد تمام الاجراءات والردود بين الأطراف قضت المحكمة بموجب قرارها عدد 220 الصادر بتاريخ 15/01/2015، بإلغاء الأمر المستأنف فيما قضى به من رفض الطلب في مواجهة شركة اينا هولدينغ والحكم من جديد بتخويل الاعتراف والصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي في مواجهة شركة اينا هولدينغ.

وحيث تمسك الطرف المستأنف عليه بمجموعة من الدفوع نعرض لما يتماشى ونقطة البحث.

ولعل أهمها «كون التمديد وانسحاب شرط التمديد إلى شخص لم يوقع عليه ولم يرضاه يعد مخالفة للنظام العام، وأن شركة اينا هولدينغ رفضت، منذ بداية التعاقد بين أطراف النزاع ... »

وحيث ردت المحكمة عن ذلك بالقول:

«

حيث حقا، ولئن كان قانون المسطرة المدنية المغربي في الشق المتعلق بالتحكيم الدولي لم يشترط صراحة ورود شرط التحكيم كتابة، خلافا لما هو الحال في التحكيم الداخلي

الذي نص بخصوصه الفصل 313 على أن عقد التحكيم وجب أن يرد كتابة، دون تحديد لشكل معين لتلك الكتابة ، فان اتفاقية نيويورك المصادق عليها من طرف المغرب والتي يخضع لها التحكيم الدولي، الى جانب القواعد الواردة في قانون المسطرة المدنية وفق التعديل المدخل عليه بمقتضى القانون -05 08، قد نصت في مادتها الثانية على ضرورة وجود شرط التحكيم كتابة ، بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه هذا الشرط والمحرر الذي يرد فيه؛

وحيث إنه لا نزاع في كون شرط التحكيم في النازلة ورد فعلا كتابة بدليل الفصل 34 من العقد الرابط بين المستأنفتين وشركة اينا اسمنت، إلا أن النزاع لا يتمحور حول وجود شرط التحكيم كتابة من عدمه وإنما حول مدى امكانية تمديد شرط التحكيم إلى طرف لم يوقع عليه، خاصة أن مبدأ نسبية العقود يقتضي ألا تلزم اتفاقية التحكيم إلا من كان طرفا فيها، فهي لا تضر ولا تنفع الاغيار تطبيقا للمبدأ العام المجسد في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود ...

... وحيث إن القول بكون شركة اينا هولدينغ رفضت، منذ بداية التعاقد بين أطراف النزاع، صراحة التدخل في العقد بمقتضى كتابها الموجه بتاريخ 23 فبراير 2010 وأن هذا الرفض يكفي لعدم اقحامها في المسطرة التحكيمية وعدم مواجهتها بشرط التحكيم الوارد في العقد يبقى قولا مردودا للتعليل الذي سبق للمحكمة أن أكدته بكون استنباط امتداد شرط التحكيم للشخص غير الموقع عليه ينبني على مدى تورطه في المفاوضات المتعلقة بالعقد أو ابرامه أو تنفيذه ولا يعتد بما عبر عنه من رفض صريح لانضمامه للعقد مما وجب معه استبعاد ما تمسك به الطرف المستأنف عليه في هذا الشأن.

وحيث إن رقابة قاضي الاستئناف في شأن اختصاص المحكمين بتمديد أثر اتفاق التحكيم للغير الذي لم يوقع عليه تنسحب الى جميع المسائل المتصلة بالواقع أو القانون أو الاطراف والتي بناء عليها قررت المحكمة التحكيمية القضاء باختصاصها وتمديد شرط التحكيم؛

وحيث إن المحكمة التحكيمية استندت في معرض تمديدها لشرط التحكيم لشركة اينا

هولدينغ الى الظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ و فسخ العقد المتنازع بشأنه آخذة بعين الاعتبار العقد وظروفه كوحدة اقتصادية متكاملة لتنتهي إلى خلاصة أن شرط التحكيم يلزم أيضا شركة اينا هولدينغ من خلال الدور الذي لعبته في العقد بحيث ظهرت كطرف

فعلي بل رئيسي فيه وتبقى إذن معنية بالدرجة الاولى به وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنه، محتكمة في ذلك إلى نظرية الظاهر التي تشكل في القانون السويسري تطبيقا لمبدأ حظر التعسف في استعمال الحق.»١ «.

والبين أن المحكمة التحكيمية الدولية ومعها محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء أسستا قضاءهما على نظرية الظاهر التي تعد من أهم النظريات التي تقوم عليها فكرة حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركات التجارية.

ذلك أنه، بالرغم من أن شركة اينا اسمنت هي من أصدرت المناقصة الدولية من أجل بناء مصنع الإسمنت في منطقة كيسر ورغم كونها هي من وقعت وبصفة منفردة على العقد المؤرخ في 24 يوليوز 2008، إلا أن أهم القرارات المتخذة سواء المتعلقة بالمشروع في حد ذاته وكذا طلبات تأمين المشروع وكذلك في الجانب التمويلي للمشروع تمت من قبل شركة اينا هولدينغ حيث ظهرت بمظهر المساند، مما يبين فعلا أن هذه الأخيرة لعبت دورا مهما في العقد باعتباره يشكل وحدة اقتصادية مما برر تمديد شرط التحكيم في حقها استنادا إلى الوضع الظاهر.

وبالتالي تظهر أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحي بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات ودعما للثقة في الوسط التجاري، إذ استند القضاء على نظرية الظاهر في تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير، مما جعل من الوضع الظاهر الأساس الوحيد دون اشتراط توقيع من الغير.

(1) - نفس الأمر نحته محكمة النقض المصرية والذي جاء في قرارها)» ... مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة

ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا على التزام هذه الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى

المشتملة على شرط التحكيم، مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على

نحو

تختلط إرادتهما مع إرادة الشركة الأخرى»، نقض تجاري، 22 يونيو 2004 أشار ت إليه ، مها عبد الرحمان الخواجا: » امتداد

آثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني»، جامعة الشرق الأوسط رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، السنة

الجامعية -2012 2013 ، ص:
97.

(2) زكري ايمان:
«حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية»، د كتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد.

تلمسان كلية الحقوق والعلوم الساسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص:
7

ب:
تمديد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود

تتصل هذه الفرضية بالمبدأ محل الدراسة - مبدأ امتداد أثر اتفاق التحكيم- وذلك من حيث الموضوع، فإذا كان ما تعرضنا له فيما سبق من امتداد هذه الآثار من حيث الأشخاص، أي إلى أشخاص غير موقعة على اتفاق التحكيم، فإن فكرة المجموعة العقدية تتعلق بمدى سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود، على عقود أخرى- وليس أشخاص- بين ذات الأطراف الموقعة على العقد المتضمن للاتفاق المذكور !.

من أجل الاحاطة بهذه الحالة يقتضي الأمر التمييز بين ثلاث فرضيات:

الفرضية الأولى:
عندما يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم دون سائر العقود

وتسمى هذه الصورة كذلك بالامتداد الرأسي حيث يتم من خلالها مد شرط التحكيم من العقد الأصلي إلى باقي العقود التبيعة التي لا تتضمن هذا الشرطة، والملاحظ أن هذه الحالة لا تثير أية صعوبة، فإرادة الأطراف صريحة في إخضاع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم، وذلك بسريان آثر اتفاق التحكيم من العقد الأصلي على بقية العقود التالية له والتي ساهمت في تنفيذه، عملا بمبدأ تبعية

الفرع للأصل؟.

وما ينبغي التنبيه إليه في هذا الصدد، أنه قد يحدث أن يتجدد العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم، ودون الاتفاق على تجديد الاتفاق على هذا الشرط أو الاشارة إليه، فهل يجوز التمسك به إذا ما قام نزاع بشأن تنفيذ العقد الجديد؟

(1) بلباقي بومدين:
» المركز القانوني للغير في اتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي»، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 2 العدد الأول، 2020، ص:
129.

(2) ابراهيم أحمد:
» تطبيقات عملية لقضايا التحكيم»، مجلة التحكيم العربي، العدد 3، 2000، ص:
140.

(3) حفيظة السيد الحداد:
«الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص:
61 وما بعدها.

يبدوا أن المسألة لم تكن محل توافق بين ما ذهب إليه الفقه، وما سلكته بعض الاتجاهات القضائية، فقد أجازت العديد من أحكام القضاء للطرف ذي المصلحة التمسك بشرط التحكيم الذي ورد في العقد القديم، وذلك بشأن النزاع الناشئ عن العقد الجديد، استنادا إلى الإرادة الضمنية المستفادة من تواتر العمل بين الأطراف، ما لم يتبين من الظروف أن إرادتهم لم تنصرف على ارتضاء التحكيم في العقد الجديد، وهو ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف بباريس في قرارها بتاريخ 14/02 /'1970.

وعلى العكس من اتجاه القضاء، يذهب غالبية فقه التحكيم التجاري الدولي، إلى عدم إجازة استمرارية نفاذ شرط التحكيم الوارد في العقد السابق إلى العقد الجديد، إلا إذا تم التأكد وبما لا يدع مجالا للشك أن إرادة الطرفين ارتضت فعلا استمرار هذا الشرط في العقد الجديد، فلا يكفي الاستناد على تواتر العمل به بين الطرفين لتفسير إرادتهما الضمنية .

ونعتقد أن هذا الاتجاه الأخير الذي لا يجيز استمرارية شرط التحكيم الذي كان واردا في العقد الذي اندثر، لكون أن القاعدة العامة التي تحكم مؤسسة التحكيم هي الرضائية وأن شرط التحكيم فيه تنازل عن حق التقاضي الرسمي الذي تخوله الدساتير".

الفرضية الثانية:

أن تتضمن كل العقود شرط تحكيم مستقل

على غرار الفرضية الأولى لا تثير هذه الفرضية هي الأخرى أية صعوبة بحكم أن كل عقد من العقود المساهمة في تنفيذ العملية التعاقدية يتضمن شرطا تحكيميا، إلا أن الإشكال قد يدق من جهة تكرار الأطراف نفس الشرط التحكيمي حرفيا في هذه العقود، حيث تثور مسألة ما إذا كان يتعين اختيار هيئة تحكيم واحدة، من أجل الفصل في المنازعة

(1) أنظر بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص:
131.

(2) فتحي اسماعيل والي:
«قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2007،
ص:
100.

(3) - ينص الفصل 118 من الدستور المغربي في فقرته الأولى على ما يلي:
)» حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع
عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون ... ».

المحتمل نشوئها عن هذه العقود، أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم متعددة بتعدد هذه العقود، بحيث تستقل كل هيئة بنظر النزاع الناشئ عن كل عقد على حدة؟

الأكيد أن الحل يتوقف بخصوص هذه المسألة على تفسير إرادة الأطراف الأصلية، فإذا لم يوجد اتفاق صريح في ذلك، فإن القاعدة العامة تقتضي بأنه في حالة تكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع العقود، فإن ذلك يعني انصراف إرادتهم إلى إخضاع جميع المنازعات المتصلة بهذه العلاقات التعاقدية إلى ذات المحكمة التحكيمية (١)، وذلك بهدف تحقيق العدالة السريعة بين المتنازعين خاصة في عقود التجارة الدولية وكذا

لتفادي اصدار أحكام تحكيمية متناقضة في نفس المنازعة.

الفرضية الثالثة:

أن يخلو العقد الأصلي من شرط التحكيم مع وروده في أحد العقود

التابعة

انقسم الفقه في شأن هذه الفرضية إلى فريقين2 فريق يمنع امتداد نطاق شرط التحكيم،

وفريق يجيزه:

فبالنسبة لأنصار الاتجاه المانع من هذا الامتدادة، فقد استدلوا بالنصوص القانونية التي

توجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، بمعنى أن شرط التحكيم لا يلزم

إلا من وقع عليه كتابة، ومن جهة أخرى فإن العقد الأصلي هو الأساس الذي ينبع منه

باقي العقود الأخرى المنفذة له، وبالتالي تشترك معه في ذات الهدف التجاري الذي

أبرمت جميع هذه العقود من أجله".

(1) للتوسع انظر حفيظة السيد الحداد:

«الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم»، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

2001، ص:

161.

(2) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ،-2005

2007ص:

211 وما بعدها

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع» شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي»، دار الجامعة الجديدة، 2014 ، ص

.469

(4) سميحة القليوبي :

)» الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون 21 لسنة 1994 «، دار النهضة العربية ،2012،

ص:

17.

وأما أنصار الفريق الذي يجيز امتداد الشرط المذكور، من العقد اللاحق إلى العقد

الأصلي وحتى إلى العقود اللاحقة الأخرى، فإنهم رغم اتفاقهم حول الجواز إلا أنهم اختلفوا في أساسه، فاتجه البعض إلى أنه يتعين تفسير إرادة الأطراف حسب كل حالة على حدة، للوقوف إلى ما انصرفت إليه نيتهم الحقيقية من شرط التحكيم، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه يلزم لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة من العقود تحقق شرط واحد وهو أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ العملية التجارية، أي أنهم يشترطون في تنفيذ ذلك أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة، حتى يمكن القول بوجود هدف مشترك يتمثل في تنفيذ عملية تجارية واحدة، أما إذا لم يكن هناك تجانس بين هذه العقود، فلا محل لمد شرط التحكيم، إلا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط !.

ولعل هذا الرأي الأخير المؤسس على العلم؟ يبدو في تقديرنا على قدر كبير من التوافق مع طبيعة التحكيم كوسيلة رضائية قائمة على أساس من اتفاق الأطراف، وعليه فإن أي قول بامتداد لشرط التحكيم دونما اعتبار لإرادة الأطراف، هو قول يتنافى بلا ريب مع طبيعة نظام التحكيم، وكون التمديد اللاإرادي يظل استثناء عن نسبية الاتفاق.

وغني عن البيان في هذا الصدد أنه وعلى عكس الكفيل الذي يظل التزامه تبعيا فإن المدين المتضامن في الالتزامات التجارية لا يمكنه التمسك بقاعدة نسبية آثار العقود، بل يكون ملزما بصفة شخصية ومستقلة عن التزام المدين الخاضع لمسطرة التحكيم نظرا للمصلحة المشتركة بينهما وتطبيقا لفكرة النيابة التبادلية المتولدة عن افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية».

إن نهج مقاربة التمديد هذه أدى حتما إلى الاهتزاز والتشكيك في مفهوم الغير، بحيث

(1) أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص :
248.

(2) بلباقي بومدين:
مرجع سابق، ص:
131.

(3) - La représentation mutuelle.

(4) تنص المادة 335 من مدونة التجارة على أنه » يفترض التضامن في الالتزامات التجارية»، للإحاطة أكثر بهذا الموضوع

انظر أطروحتنا حول موضوع، «التضامن في المادة التجارية»، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2020/2021.

عرف الغير المزيف» faux tiers « بكونه الشخص الأجنبي عن اتفاق التحكيم، أي أنه ليس بموقع ولكنه طرف في الدعوى التحكيمية بعد تمديدها له في مرحلة التنفيذ أي أثناء قيام المنازعة، وبالتالي يكون الغير المزيف معنيا بشكل مباشر بالحكم التحكيمي، وبالتالي يحدث أن يشمل شرط التحكيم أشخاصا آخرين غير أطراف العقد الذي تضمنه حتى لو لم يوقعوا على ذلك بشكل رسمي ومادي.

المحور الثاني:

نظرية التمديد تعكس التمرد على القواعد التشريعية الثابتة

يعد ميدان المال والأعمال أحد أهم المجالات التي تعرف تطورا تشريعيا مستمرا ودائما، بحيث تظهر بين الفينة والأخرى مؤسسات قانونية جديدة تستجيب لحاجيات التجار وتستشرف لاقتصاد متطور، كما أن هذا الفرع يعد من أكثر القوانين انفتاحا على تجارب الغير، وهو ما يفسر نزوعه نحو التوحيد والتدويل !.

لذا فإن إخضاع المعاملات التجارية لقواعد خاصة مختلفة عن القواعد المطبقة على المعاملات المدنية يستند إلى العديد من الاعتبارات، أهمها ارتباط المادة التجارية بالحياة الاقتصادية المتطورة باستمرار، ولهذا فإن متطلبات التجارة تفرض على القاضي تجاوز القواعد القانونية المدنية التى تؤسس لقواعد معطلة للمعاملة التجارية وخلق قواعد أكثر دينامية».

ولعل وظيفة القضاء أسبق في الوجود تاريخيا عن فكرة قواعد القانون، سواء تعلق الأمر بالقواعد العرفية أو التشريعية"، ذلك أن خلق القاعدة القانونية تعد جزءا لا يتجزأ من وظيفة القضاء، ولعل أهم تطبيقات هذا الدور تجد سندها في العديد من المجالات القانونية

(1) محمد الأطرش:

«مبادئ القانون التجاري المغربي:

الأعمال التجارية، التاجر، الأصل التجاري»، مكتبة المعرفة-

مراكش، الطبعة الأولى، 2016 ، ص:

25

Anne -Laury LEQUIEN:

« La solidarité en matière fiscale », Mémoire réalisé en vue de l'obtention de la 2ème (2)

Ecole santé et Droit - II Lille de Université affaires, des droit option recherche Master du année doctorale nº74

.Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales Année universitaire, 2003- 2004, p: 43

(3) محمد عبد النباوي :

تعميم الاجتهاد القضائي :

مساهمة في خدمة العدالة ، مداخلة باللقاء الثقافي الذي حظي

بتنظيم مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي بمناسبة صدور عددها الأول ، يوم 24 دجنبر 2010.

يأتي في مقدمتها وارتباطا بالموضوع مرجعية قانون التحكيم الفرنسي الذي كان الفضل في وضع قواعده العظيمة لاجتهاد المحاكم الفرنسية لاسيما اجتهاد محكمة النقض ومحكمة الاستئناف بباريس نظرا لدورها البارز الذي لعبته بخصوص هذه المسألة !.

لقد انتبه القضاء التحكيمي والدولاتي إلى أن حسن ضمان العلاقات القانونية المتولدة عن الالتزامات التجارية لا يمكن تحققه إلا من خلال تجاوز المقتضيات التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين، عبر تقوية البعد الحمائي للقانون عوض العمل بتلك القواعد العتيقة المنظمة في القانون المدني التي ظلت بمعزل عن أي التفاتة تشريعية، وفق متطلبات التحول البنيوي الذي دشنه المشرع بخصوص المفهوم الجديد للمقاولة :

.

وأمام بروز هذه النظرية القضائية، كثيرة هي المبادئ القانونية التي ساهم الوضع الجديد للتحكيم الدولي في قلبها أحيانا «رأسا على عقب»3، وهو ما سنقف حوله سواء من داخل قانون الالتزامات والعقود (الأول)، أو من خارجه (الثاني).

أولا:

مظاهر المساس بالثوابت القانونية من داخل قانون الالتزامات والعقود

سنبرز هذا التحول من خلال المؤسسات التالية:

أ:

توسيع مفهوم حجية اتفاقيات التحكيم

إن مبدأ نسبية العقود الوارد في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود يفيد أن الأغيار لا يصبحون دائنين أو مدينين بموجب عقد لم يكونوا أطرافا فيه، لكن هذا لا يعني أن هذا العقد لا يمكن أن تكون له تداعيات عليهم.

(1) - - Emmanuel Gaillard :

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international , Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassatio le mars 2007 , p : 1.

(2) عبد الرحيم شميعة:

«آليات تدخل المساهم غير المسير في تدبير شركة المساهمة:

نحو حكامة جيدة»، أطروحة

لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق) القانون الخاص)، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية - فاس، الموسم الجامعي :

-2010 2011، ص:

8.

(3) مصطفى تراري:

» ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي، في التجارة عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص»،

المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، العدد 4، 2009، ص: 30.

ولعل مبدأ نسبية أثر العقود المذكور يقضي بعدم انصراف اثار العقد لغير عاقديه، ويعني ذلك ألا يستفيد الغير أو يتضرر من علاقة عقدية يعتبر في الأساس بالنسبة إليها أجنبيا إلا إذا تم تقرير ذلك قانونا، لكن وإذا ما أخدنا هذا المبدأ على إطلاقه، فإن ذلك سوف يخلق نوعا من الالتباس بين مبدأ النسبية ومبدأ الحجية في العقود، الشيء الذي يفرض ضرورة تمييز كل من المفهومين من خلال توضيح المقصود بالآثار المباشرة للعقد والآثار غير المباشرة !.

في الحقيقة ينشئ العقد وضعا قانونيا لا يمكن للأغيار تجاهله حتى ولو لم يكونوا ملتزمين به شخصيا، لذا يجب التمييز بين الأثر الملزم للعقد الذي يقتصر على الأطراف، والوضع القانوني الناشئ عن العقد والقابل للاحتجاج به إزاء الأغيار.

إذ يفيد مفهوم الاحتجاج قابلية تمديد آثار العقد إلى الأغيار، من خلال إخضاع هؤلاء للالتزامات الناشئة عن هذا التصرف القانوني، عبر اجبارهم بالاعتراف بوجود هاته الالتزامات وبقوتها القانونية.

إن الوضع القانوني المتولد عن العقد له تأثير متبادل، بحيث لا يكون قابلا للاحتجاج به إزاء الأغيار من قبل الأطراف فقط بل أيضا قابل للاحتجاج به في مواجهة الأطراف من قبل هؤلاء الأغيار :

.

ويترتب عن هذا الوضع التأكيد على أن اتفاق التحكيم ملزم للغير، إذ يصبح هذا الأخير تلقائيا «طرفا»، في اتفاق التحكيم دون أي توقيع منه كلما تبث في حقه إتيانه بعض التصرفات التي تبرر رفع الحجاب عنه بهدف حماية الأطراف المتعاقدة.

(1) محمد بن أحمد بونبات:
«النسبية والحجية في العقود»، مجلة الأملاك، العدد، العدد 9، 2011، ص:
128.

(2) للتوسع أكثر أنظر:

. Maeva ZWIRN, op cit p :

11

هكذا، فإن بعض اتفاقيات التحكيم تصبح ملزمة للأغيار، بمعنى أن المحكمة التحكيمية تقرر تمديد الاتفاق إلى الغير الذي يصبح ملزما ليس فقط باتباع إجراءات فض المنازعات التي يشاركون فيها بل أيضا بالحكم التحكيمي الذي يصدر في المنازعة، مما يعني إعادة النظر في الآثار النسبي لاتفاق التحكيم إزاء الأغيار.

ب :

المساس بمبدأ نسبية آثار العقد

بعد أن بلغ مبدأ الحرية التعاقدية أوج مجده، بدأت أغلب الدول في اتجاه التدخل والحد من حرية المتعاقدين واتخذ هذا التدخل صورة حادة في الدول ذات النظم الاقتصادية الموجهة، فلم تصبح العقود قائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وإنما تدخل التشريع ومعه القضاء في العقود!، وخاصة التجارية منها من أجل حماية المراكز القانونية المتعارضة في إطار السعي لتحقيق العدالة.

إن الفاعلية المتمثلة في ضمان استمرارية العلاقات القانونية التجارية، أملت على قضاء التحكيم تجاوز آثار العقد بمنظوره المدني، وإقرار تصور قانوني جديد يضمن من خلاله للأطراف ومن خلالهم للمقاولة الدائنة كوحدة اقتصادية وإنتاجية، شروط استمرارية توهج نشاطها الإقتصادي عبر الإنتقال من مبدأ نسبة العقد إلى مبدأ تمديد آثاره.

وتندرج مؤسسة التمديد في هذا التوجه التدخلي القضائي عبر إقرار قواعد تحد من مبدأ سلطان الإرادة وتقلص من مداه ومن تم تقوم بالتضييق على مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك ما توحي به القراءة المتأنية للأحكام التحكيمية - التي استطعنا الاطلاع عليها - ، وبالتالي يحتل مبدأ سلطان القاضي موقعا هاما في هذه المؤسسة المتفردة.

(1) عبد الحميد الشواربي:
«الالتزامات والعقود التجارية وفقا للقانون التجاري رقم 18 لسنة 1999، الفقه، القضاء، التشريع، مع صيغ العقود والدعاوى التجارية «، الجزء الأول، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001 ص : 76-.

ورغم أن جميع التشريعات تعترف بالعقود كأداة أساسية في التعامل، ومصدرا رئيسيا لإنشاء الحقوق والالتزامات، والتي يهيمن عليها مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي يقتصر دور القاضي على تطبيق ما اتجهت اليه إرادة المتعاقدين طبقا «لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين»، إلا أنه تحت تأثير التطورات الاقتصادية التي عرفتها الحياة الاقتصادية ظهر فكر قانوني يسعى لجعل القانون أداة اقتصادية.

ثانيا:
مظاهر المساس بالثوابت القانونية من خارج قانون الالتزامات والعقود

تتجلى مظاهر التحول من خلال عدة محطات لعل أهمها تحوير دور القضاء، وكذا

الالتفاف على مبدأ الشخصية القانونية للشركة.

أ:

قاعدة التمديد تعكس تحوير دور القضاء

يعيش الاقتصاد في تحول وتطور دائمين يجعله في غالب الأحيان يسبق القانون، هذا

الأخير الذي يتدخل بغية اللحاق بمستجدات الواقع الاقتصادي وتنظيم تقلباته المتواترة!،

لذا فإن الدينامية الاقتصادية غالبا ما تشكل سببا رئيسيا لانبثاق القاعدة القانونية كإطار

منظم لهاء، ومن هنا تنشأ العلاقة الجدلية بين الاقتصاد والقانون".

لهذا، فإن نظرية التمديد تشكل، محطة مفصلية في النظام القانوني القائم على جعل

القاضي محايد في المنازعة التي تظل خاصة بأطراف الخصومة، وبالتالي تكون قد

أدخلت قضاء التحكيم وكذا القضاء الرسمي محطة تاريخية غاية في الدقة والجدة.

(1) عبد المجيد غميجة:

«دور العدالة الجنائية في ميدان الاعمال والاقتصاد، المقاولة والسياسة الجنائية»، أشغال

المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر 2014 تحت عنوان» السياسة الجنائية بالمغرب:

واقع وأفاق»، المجلد الثاني جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسة، ع 4، 2005، مطبعة

فضالة بالمحمدية ط الأولى، ص:

145.

Mohamed IDRISSI ALAMI MACHICHI:

« Régulation de l'économie par le droit », Revue marocaine de - (2)

.droit et d'économie du développement, nº52 2006, p:

10

(3) محمد الحاجي:

«تقليص الفوارق بين المساهم والدائن في شركات المساهمة»، مجلة الإرشاد القانوني، عدد مزدوج

الثاني والثالث 2018، ص:

42.

إن الاعتراف للمحكمة التحكيمية بحق إلزام أطراف غير ملتزمة بإرادتها بموجب اتفاق التحكيم يكسر القاعدة الثابتة القائمة على أن القضاء لا يقضي إلا في حدود الطلبات١، ويعكس من ثمة هذا التوجه هيمنة هاجس تعزيز الثقة في المعاملات التجارية وبروز المفهوم الجديد للقضاء الذي يسعى إلى تحقيق نوع من التوزان بين المراكز القانونية وحماية المصلحة الاقتصادية العامة للدولة.

ويعتبر إدخال المحكمة لأشخاص غير الموقعة على اتفاق التحكيم في الدعوى التحكيمية صورة صادقة عن تحوير دور القضاء من قضاء المنازعة إلى قضاء المبادرة، وبالتالي فإن آلية التمديد هذه تبرز بالملموس أن القضاء لم يعد سلطة محايدة في العلاقة الدائنية القائمة على الانضباط للقيم القانونية التقليدية الهادفة إلى حماية الالتزامات بين المدين ودائنيه، بل أضحى سلطة تدخلية تتمظهر من خلال فرض التزامات قانونية على أشخاص لم يعبروا بحرية عن الالتزام بها.

ونعتقد أن التوجه القضائي في هذا الخصوص، يهدف من جهة إلى حماية العلاقات البينية المباشرة وإلى تعزيز عنصري السرعة والثقة في المجال التجاري، باعتبار أن المصداقية والثقة التجارية تعد الثروة الحقيقية للتجار أيا كانوا أشخاص ذاتيين أو اعتباريين؟ وأن أي إخلال بذلك ستكون له عواقب وخيمة على الدورة الاقتصادية؛
على اعتبار أن العلاقات

التجارية متداخلة ومتشابكة، ومن جهة أخرى يسهم في ربح الزمن القضائي عبر متابعة كل من ساهم «تورط» في العملية الاقتصادية عوض متابعة المتعاقد المباشر، مع ما يترتب عن ذلك من ضياع للحقوق، فهي إذن مكنة قضائية تسهم في توسيع وعاء أطراف الخصومة، وبالتالي تسمح باستخلاص الحقوق بسرعة أكبر.

(1) جاء الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على أنه «يتعين على القاضي أن يبت في حدود الأطراف ولا يسوغ له أن

يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبيات».

(2) حلت عبارة «الشخص الاعتباري» محل عبارة «الشخص المعنوي» بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 89.17

المعدل ل م ت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.110 بتاريخ في 2 جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019)؛ ج رع

6745 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1440 (21 يناير 2019)، ص:

يأتي كل ذلك في سياق عام أضحى يحكم ميدان المال والأعمال، متسم بالتدخل في العلاقات القانونية التجارية باعتبارها أساس النظام الاقتصادي للدولة، وهو ما أدى إلى تحوير الدور الكلاسيكي للقضاء والانتقال به من طابعه المحايد المعترف له بالمسافة الضرورية بين أطراف النزاع، إلى اعتباره قضاء موجها وقضاء تدخليا في إطار ما يصطلح عليه بتغليب الطابع القضائي القائم على واجب الاحتكام إلى المصلحة العامة.

ب:
المساس بالشخصية القانونية المستلقة للشركة

خلافا لما كان عليه الوضع في المغرب، حيث كان موقف القانون المغربي غير واضح في منح الشركات التجارية الشخصية الاعتبارية، ذلك أنها كانت تستشف من الصياغة العامة للنصوص، سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في النصوص المنظمة للشركات التجارية، أو في القانون التجاري، أما الآن ومع التعديلات التي عرفتها الأحكام المنظمة للشركات التجارية أصبحت هذه الاشكالية متجاوزة بحكم أن مقتضيات المادة 2 من قانون 5.96 والمادة 7 من القانون 17.95 جاءتا صريحتين في الاعتراف للشركات بالشخصية الاعتبارية فور تقيد بالسجل التجاري.

الأمر الذي يرفع عنها صفة الخيال القانوني، ويؤهلها إلى التمتع بحقوق تميزها عن تلك الممنوحة للأعضاء الذين يكونونها!، فتصبح كيانا مستقلا عنهم، مما يجعل المصلحة الجماعية مرتبطة بمصلحة الشركة".

إذن، فالشركة كشخص اعتباري كائن قانوني ابتكره العمل التجاري وكرسه التشريع ولم يعد موضوع أي تشكيك، تتمتع باستقلالية قانونية عن الأشخاص الذين يكونونها،
ويتجلى هذا الأثر خصوصا في احتجاب الأشخاص المؤسسين لها واختفائهم عن ميدان

Paul DURAND :
milieu au français privé droit de morales personnes des juridique condition la de L'évolution «
(1)

.du xx ème siècle -études offertes à 6° orage Ripert T. LGDJ Paris 1950, p :

155

(2) المصطفى بوزمان:

«مفهوم المصلحة الجماعية في الشركات التجارية، دراسة مقارنة»، مجلة القضاء المدني، ع.

الخامس، السنة الثالثة 2015، ص:

75.

العلاقات بين الشخص الاعتباري والأغيار، في هذا الإطار يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية قانونية تكاد تكون مطلقة للتصرف في أمواله !.

ويمكن القول بأن الشخصية المعنوية للشركات التجارية هي أهليتها لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بذمة مالية مستقلة عن مكوناتها، وأنها تستطيع في الحدود المرسوم لها نظاميا أو قانونيا إتيان ما تشاء من التصرفات القانونية2، ولها أن تتقاضى أمام المحاكم عن طريق ممثلها القانوني، كمدعية أو مدعى عليها أو محكمة أو محكم ضدها.

ومن المعلوم أن تسأل الشركة مدنيا عن الأضرار التي تحدثها للغير بسبب أعمالها، حيث يمكن للمتضرر أن يطالب بإصلاح الأضرار التي لحقته ويستند في ذلك إما على المسؤولية العقدية كعدم تنفيذ العقد المبرم باسم الشركة على الوجه المطلوب مثلا، وإما استنادا إلى المسؤولية التقصيرية، حيث تسأل الشركة عن الأضرار التي تحدثها ليس بفعلها فحسب ولكن حتى عن تلك التي يحدثها الأشخاص الذين هم في عهدتها١، في إطار نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع استنادا إلى نص الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود *.

إذن الشركة كشخص اعتباري لها أن تبرم التعاقدات مع الغير، كما لها أن تكتسب الحقوق وأن تتحمل الالتزامات وفق إرادتها، كما يمكن أن تثار مسؤوليتها طبقا لقواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية، بل يمكن أن تتابع جنائيا في الحدود التي يسمح بها القانون بذلك؟، في إطار المسؤولية الشخصية عن التزاماتها.

ويبدو أن القضاء التحكيمي لما يلجأ إلى تمديد اتفاق التحكيم في إطار مجموعة

(1) محمد الإدريسي المشيشي:

«ذمة الشركة وذمة الشريك»، مجلة القضاء التجاري، ع 2، 2013، ص:

221.

(2) - عبد الرحيم شمعية:

» الشركات التجارية في القانون المغربي»، طبعة 2014، ص:

35.

(3) فؤاد معلال:

» الشركات في التشريع المغربي والمقارن، دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، الجزء الاول، النظرية العامة للشركات»، الطبعة الثالثة، 2011، ص :

126 - 127.

(4) الفصل 85 من ق.ل. ع:

«لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الآشخاص الذين هم في عهدته .. »

(5) جلال وفا محمدين:

«المبادئ العامة في القانون التجاري»، الدار الجامعية طبعة 1988، ص:

117.

الشركات إلى شركات غير موقعة عليه وذلك بالاستناد إلى مفهوم الاستغلال المشترك والتداخل الاقتصادي!، في إطار ما يعرف باختلاط الذمم وصورية الشركة، يكون قد ضرب عرض الحائط مبدأ استقلالية كل شركة بكيانها القانوني ..

ولقد انتقد هذا التوجه من قبل الفقه التقليدي الذي ينتصر لحرفية النص القانوني بالنظر لعدم احترامه لخاصية الاستقلال القانوني لكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة الاقتصادية، وأنه في القانون الألماني لا يسمح بتطبيق اتفاق التحكيم على مجموعة الشركات إلا في الحالات التي تحترم فيها استقلالية الأشخاص الاعتبارية المستقلة والإرادة الصريحة لهم".

ولا ريب أن في هذا التواتر خرق سافر للقانون، بحكم أن المبدأ الراسخ قانونا يتمثل في استقلال الشركة المؤسسة قانونا في كل شؤونها، بحيث لا يمكن أن تسأل إلا عن تصرفاتها الإرادية، إلا أن القضاء وبهدف تحقيق العدالة التعاقدية و مساهمة منه في حماية المنظومة الاقتصادية يمدد آثار اتفاق التحكيم لبعض الشركات رغم استقلاليتها

متى تبث إتيانها بعض التصرفات أو كلما ظهر أنها مجرد شركة صورية.

ذلك أنه كلما تبين للمحكمة (التحكيمية أو الرسمية)، أن أموال شركة ما ومصالحها تعود

حصرا لشخص واحد، فقد يعمل هذا الشخص على تخصيص مبلغ من المال يستثمره

في عمل تجاري معين ويحرص على أن تبقى مسؤوليته ضمن نطاق هذا المبلغ عن

طريق تأسيس شركة مغفلة أو شركة محدودة المسؤولية برأس مال يوازي المبلغ المخصص

(1) هناك عدة استثناءات ترد على مبدأ استقلال ذمة الشركة عن الشركاء، والتي تخول لدائني الشركة تجاوز المنع المفروض عليهم من الرجوع على ذمة الشركاء، في هذا الإطار يمكن التمييز بين مصدرين لتمديد المسؤولية عن ديون

الشركة للشركاء، تمديد بنص القانوني وتمديد بترخيص من القضاء .

(2) - كما أنه من المقرر قضاء أن مظلة الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة لشركة ذات المسؤولية المحدودة

يجب إزاحتها متى ثبت للقضاء، انحراف في هذا المنحى في موقف الشركاء وخلط بين ذممهم الشخصية وذمة الشركة

خروجا عن إرادة المشرع الواردة في المادة 44 من قانون 5.95 المتعلق بالشركات التجارية ماعدا شركة المساهمة.

Philippe Guez:

« L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés :

Les diver- (3)

le soumis ADR et MBDE/Arbitrage », allemande et française approches les entre .gences 01/07/2009.p :

3

للاستثمار، مما يمكن اعتبارها شركة صورية تبرر إقبار وطمس مظلة الشخصية الاعتبارية

والذمة المالية المستقلة للشركة.

ومهما يكن فإن التمديد القضائي لاتفاق التحكيم يبقى استثناء على اعتبار أنه لا

يرتكز على أسس قانونية أكثر ما يعتمد على مبررات واقعية اقتصادية، بحيث كلما ظهر

للمحكمة أن إحدى الشركات ليست سوى شركة وهمية وأنها ساهمت في تنفيذ العقد

بصورة ما إلا وعمدت إلى تمديد آثار اتفاق التحكيم في مواجهتها.

الخاتمة

لقد حاولنا أن ننبش في بعض القضايا المرتبطة بنظرية تمديد اتفاق التحكيم للغير، كحيلة قانونية من ابتداع القضاء جاءت للتلطيف من آثار نسبية العقود ضمانا لاستقرار الأوضاع والمراكز القانونية الجديرة بالحماية، وخدمة للمشروع الاقتصادي الذي تمثله المقاولات المتعاقدة.

ومن المؤكد أن القانون التجاري عموما والقضاء على وجه الخصوص ما فتئ يتفرد بأحكامه وقواعده، إذ يجد لنفسه قواعد تبتعد كلما دعت الحاجة إلى ذلك عن القانون المدني، فنظرية تمديد اتفاق التحكيم تعد نتيجة طبيعية لصرامة مبدأ نسبية آثار العقود، مما يجعل منها أداة توظيفية لأبعاد اقتصادية عكس قاعدة النسبية ذات البعد القانوني الصرف.

ولا شك أن هذه نقطة من ضمن مجموعة من النقط المستجدة والتي للأسف اليوم ليس لنا اجابات عنها سواء بالمرجعية القانونية الحالية أو القديمة، وبالتالي نعيش مرحلة توديع قواعد قانونية قديمة ومستهلكة، واستشراف قواعد جديدة من شأنها أن تقدم أجوبة مقنعة

(1) فؤاد معلال، مرجع سابق، ص:
36

عن الحقائق الاقتصادية المستجدة.

ولتفادي الفراغ التشريعي الذي يسم الترسانة القانونية المغربية بهذا الخصوص نقترح أن يتم إضافة الصياغة التالية:

» يمكن تمديد مسطرة اتفاق التحكيم إلى مقاولة أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الذمة المالية للمقاولة الخاضعة للمسطرة، أو بسبب صورية الشخص الاعتباري»، إلى المقتضيات المنظمة لمؤسسة التحكيم.

وفي انتظار تبني مقتضى يسمح بتمديد اتفاق التحكيم للغير، يجب من جهة التحفظ والتريث في تطبيق القاعدة، لما لذلك من آثار في إلزام الغير غير الموقع عن ذلك الاتفاق، ومن جهة أخرى ولتجنب مثل هذا التمديد يمكن أن ينص صراحة في العقد على استبعاد إمكانية تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير.

وفي إطار ممارسة محكمة النقض لرقابتها بمناسبة بتها في قرار محكمة الاستئناف التجارية المتعلق بقضية «اينا هولدينغ « بجميع غرفها، نأمل أن تأسس لتوجه قضائي رصين يسمح للسلطة التشريعية باعتماده في أقرب فرصة سانحة من منطلق أن الاجتهاد القضائي يساهم بقوة في تطوير علم القانون.

مدى التزام الغير بشرط الاتفاق التحكيمي .IX

المضمن في سند الشحن في المنازعات التجارية

البحرية

من إعداد:

ذ.عبد الله أوبها

إطار بالوكالة القضائية للمملكة

دكتور في العلوم القانونية والسياسة

الأصل في العقد أنه إذا انعقد صحيحا أنتج آثاره القانونية، وهذه الآثار لا تنصرف إلا على المتعاقدين ومن يمثلهم في العقد ولا تمتد إلى الغير إلا على وجه استثنائي، ذلك أن مبدأ نسبية العقود يقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقديه، بمعنى آخر فإنه ينبغي ألا يستفيد الغير أو يضار من علاقة عقدية هو في الأصل أجنبي عنها إلا وفق ما يقرره القانون.

وإذا تمعنا في العمليات التي تتم في مجال الملاحة البحرية !، نجدها متعددة الأطراف بالنظر لكون عمليات النقل البحري تحكمه علاقات متشابكة ومتداخلة بين اطراف مختلفة فالناقل قد يتعدد بين مجهز و ناقل ، أو بين ناقل فعلي وناقل متعاقد ، كما أن الشاحن هو الآخر قد يتعدد ، حيث يمكن نقل شحنات متعددة في عملية واحدة ، كما أن صاحب الحق في البضاعة أو مالك البضاعة بدوره قد يتعدد بين شاحن ومرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن .2

(1) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أكثر من 90 بالمائة من المبادلات التجارية العالمية تتم عبر البحر، كما أن تدفق

البضائع المنقولة بحرا يصل إلى 109 مليار طن سنويا ، أي بمعدل 289 طن من البضائع في الثانية الواحدة .

(2) عبد الله أوبها:

إشكالات التحكيم في المنازعات التجارية البحرية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،

جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الموسم الجامعي ،2007/2008 ص 42.

ولا شك أن الشاحن باعتباره طرفا أساسيا في سند الشحن يلتزم بشرط التحكيم الذي يرد

في هذا السند ، كما أن الناقل بدوره يلتزم بشرط التحكيم لأنه طرف أصيل في التعاقد

١، إلا أن الإشكال الذي يطرح في غالب الأحيان يكمن في الحالة التي يتم فيها إحالة

سند الشحن إلى شخص لم يكن طرفا في عقد النقل البحري ، وهذا الشخص قد يكون

المرسل إليه ، وقد يكون شركة التأمين البحري ، فهل هؤلاء الأشخاص يسري عليهم شرط

التحكيم البحري الوارد في سند الشحن ؟؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ومقاربة هذه الإشكالية، ارتأينا أن نعالج في المحور الأول من

هذه الدراسة مسألة المركز القانوني للمرسل إليه ومدى التزامه بشرط التحكيم (المحور

الأول)، على أساس أننا سنتطرق بعد ذلك لأحكام التزام الغير بشرط التحكيم الوارد في

سند الشحن (المحور الثاني).

المحور الأول:

المركز القانوني للمرسل إليه ومدى التزامه بشرط التحكيم:

إن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه سيسعفنا إلى كشف حقيقته وأساس علاقاته

المركبة مع العديد من الأطراف ، والتي تتداخل وتتشابك في عمليات نقل البضائع بحرا

ابتداء من تنفيذ هذه العمليات في ميناء الشحن وحتى تسليم البضاعة للمرسل إليه

في ميناء الوصول *، ويمكن أن نتصور مدى هذا التداخل إذا ما علمنا بعلاقات المرسل

(1) نشير في هذا الصدد إلى أن أغلب المنازعات البحرية يتم فيها اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات

بالنظر لتميز هذا الأخير بمجموعة من المميزات قد لا نجدها في القضاء العادي، كالسرعة في الإجراءات، وحق الطرفين

في اختيار محكمين للفصل في النزاع، وكفاءة هؤلاء المحكين وتخصصهم في الملاحة البحرية، فضلا سرية وعدم

نشر

الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية إلا بموافقة الأطراف، وغيرها من المميزات.

للمزيد من التفاصيل، أنظر في هذا الشأن:

فريد الحاتمي:

التحكيم البحري بين مصداقية القضاء الخاص وضعف قضاء الدولة، الجزء الأول، المجلة المغربية لقانون

واقتصاد التنمية، العدد 33، سنة 1994.

(2) وتعتبر عملية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق الناقل بمقتضى عقد النقل

البحري، والذي ينقضي بتنفيذها، للمزيد من التوضيحات، انظر في هذا الشأن:

محمد البعدوي :

مسؤولية الناقل البحري في تسليم البضاعة إلى المرسل إليه ، المجلة المغربية لقانون الأعمال و

المقاولات ، عدد 9، شتنبر 2005 ، ص 17 .

إليه مع العديد من الأشخاص وذلك مند بداية إبرام عقد البيع مرورا بعمليات الشحن

المختلفة الخاصة بالبضاعة وإصدار سندات الشحن بأنواعها مع احتمال تداول هذه

السندات بين أكثر من مستفيد حتى تصل إلى المرسل إليه صاحب الحق في الإستلام .

كما أن أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل إليه فيما إذا كان طرفا أم غيرا له أثر مباشر

بالنسبة لموضوع قوة سند الشحن في الإثبات ، ذلك أنه في العلاقة بين أطراف سند

الشحن الأصليين أي الناقل والشاحن فليس للسند المذكور إلا حجة نسبية ، أي أنه لا

يجوز للناقل أو الشاحن إثبات عكس ما جاء بالسند إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، أما

بالنسبة للغير فيجوز له إثبات عكس ما ورد بسند الشحن بكافة طرق الإثبات ، أي ان

البيانات الواردة في سند الشحن لها الحجية المطلقة في الإثبات لصالح الغير الذي

له مصلحة في التمسك بها !.

هذا فقد شهدت مسألة تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في سند الشحن جدلا فقهيا

بين من يعتبره أجنبيا عن عقد النقل البحري (العنصر الأول)، وبين من يعتبره طرفا غير

أجنبي عن العلاقة التعاقدية المذكورة (العنصر الثاني).

العنصر الأول:

اعتبار المرسل إليه طرفا أجنبيا عن عقد النقل البحري:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه المرسل إليه طرفا غريبا وأجنبيا عن العقد النقل البحري ، وبالتالي فإن ما يتضمن هذا العقد من بنود بما فيها وجود اتفاق اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب نزاع قانوني ، يبقى سريانها فقط على الطرفين الأصليين في عقد النقل البحري وهما الناقل والشاحن ، اما المرسل إليه في نظر هذا الإتجاه الفقهي يبقى طرفا غريبا عن هذه العلاقة التعاقدية ?.

(1) محمد عبد الفتاح ترك :

التحكيم البحري ، النطاق الشخصي للاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، طبعة 2003 ، ص 578 .

(2) علي طاهر البياتي:

التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 326.

ويستند هذا الإتجاه في نظريتهم إلى تفسير حق المرسل إليه على أنه اشتراط لمصلحة الغير (أولا)، أو اعتباره المرسل إليه خلفا خاصا للشاحن بوصفه مشتريا للبضاعة (ثانيا).

أولا:

نظرية الإشتراط لمصلحة الغير:

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى تفسير حق المرسل إليه بأنه اشتراط لمصلحة الغير، على أساس أن الشاحن عندما يبرم عقد النقل فإنه يشترط لمصلحة الغير - وهو في هذه الحالة المرسل إليه - ، وهذا الاشتراط يكسب له الحق في استلام البضاعة، ويعتبر المرسل إليه قابلا لهذا الاشتراط بالاستلام الفعلي للبضاعة، مع تحمل هذا الأخير للإلتزام المرتبط به والمتمثل في دفع مقابل نقل هذه البضاعة.

ثانيا:

نظرية النيابة الناقصة:

يذهب انصار هذه النظرية على أن الشاحن عند تعقاده مع الناقل في عقد النقل البحري يعتبر نائبا عن المرسل إليه ، إلا أن هذه النيابة ناقصة ، إذ يظل الشاحن ملتزما بوفاء أجرة

النقل شأنه شأن الموكل الذي تتصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه الوكيل وفقا لأحكام النيابة ١، أي أنه وبمقتضى فكرة النيابة الناقصة فكل من يتعاقد باسمه - الشاحن في هذه الحالة - ولحساب الغير - المرسل إليه - يعتبر نائبا عن ذلك الغير مع بقائه ملزما شخصيا أمام المتعاقد معه - الناقل في هذه الحالة - بمقتضى العقد الذي أبرمه وبالتالي فالشاحن في تعاقده مع الناقل يعتبر وفق هذا الإتجاه الفقهي نائبا عن المرسل إليه ولكن هذه النيابة ناقصة .

هذا بخصوص موقف النظرية التقليدية من المركز القانوني للمرسل إليه، والتي تعتبره طرفا أجنبيا عن العلاقة التعاقدية التي تربط الناقل بالشاحن، فكيف ينظر أصحاب النظرية الحديثة للمركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري؟؟؟

(1) محمد نور شحاتة:
مفهوم الغير في التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 1996، ص 201 وما يليها.

العنصر الثاني:
اعتبار المرسل إليه طرفا في عقد النقل البحري:

خلافا لما تم تبيانه في العنصر الأول من هذا المحور ، نجد رأيا فقهيا آخر يدعى بنظرية المجموعة العقدية ، يعتبر على أن المرسل إليه يعتبر طرفا من أطراف عقد النقل البحري ويسري عليه ما يسري من الأحكام المضمنة في عقد النقل البحري كتضمين هذا العقد لشرط تحكيمي بالاحتكام إلى الهيئات التحكيمية في حالة نشوب نزاع بين الأطراف !.

وسند هذا التوجه الفقهي في طرحهم هذا ، - والذي يسمى كذلك « نظرية المجموعة العقدية «- أن العقود التي تبرم متتابعة كسلسلة واحدة أو متزامنة في أن واحد بهدف تحقيق هدف واحد هو تنفيذ عملية عقدية واحدة ترتبط فيما بينهما برباط واحد تجعلها متحدة في مصيرهاء ، وسميت بالنظرية العقدية نظرا لاشتمالها على مجموعة من العقود .

هذا فبتأملنا في العملية التجارية البحرية نجده تتكون من مجموعة من العقود، فمن جهة هناك عقد بيع بضاعة طرفاه الشاحن والمرسل إليه، ثم عقد نقل هذه البضاعة، فضلا عن عقد الشحن والتفريغ وكذا عقد التامين على البضائع، وبذلك نجد عقدا أصليا يتمثل في بيع بضاعة وعقود متعددة تلتف حول هذا العقد الأصلي وتهدف إلى التأكد

من ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه.

وفي هذا السياق يثور جدل فقهي وقضائي حول الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في

أحد هذه العقود على أطراف العقد الآخر بالرغم من عدم وجود إحالة إلى هذا الشرط

(1) وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري الدولي للبضائع لسنة 1978 والمعروفة بقواعد هامبورغ

، حددت مكان التحكيم في المنازعات البحرية عندما نصت فى مادتها الثانية والعشرين على أنه تباشر إجراءات التحكيم في

مكان من الأمكنة التالية وفقا لاختيار المدعى :

- مكان في دولة يقع في أراضيها :

*المقر الرئيسي لعمل المدعى عليه ، وإن لم يوجد له مقر عمل رئيسي ففي المحل الاعتيادي لإقامة المدعى عليه .

*مكان إبرام العقد بشرط أن يكون للمدعى عليه فيه مقر عمل أو فرع أو وكالة أو أبرم العقد عن طريقها.

*ميناء الشحن أو ميناء التفريغ .

- المكان المعين لهذا الغرض في شرط التحكيم أو الاتفاق الخاص به .

(2) محمد نور شحاتة :
مفهوم الغير في التحكيم ، المرجع السابق ، ص 202 .

التحكيمي المضمن في العقد الأصلي.

ففي هذا الإطار انقسم الفقه إلى اتجاهين ، اتجاه يعتد بالإرادة الحقيقية لقبول التحكيم

وتقرر ضرورة علم وقبول جميع اطراف العملية التحكيمية بهذا الشرط '، واتجاه يعتد

بفكرة الإرادة الظاهرة بمد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود على العقد الآخر الذي

لا يتضمن هذا الشرط التحكيمي وذلك بناء على ما تولد لدى أطراف العقد الثاني من

اعتقاد على أن أي عقد وما تضمنه من بنود في المجموعة العقدية ملزم لكل أعضاء

المجموعة .

و صفوة القول ، و من خلال ما تم ذكره خلال هذا المحور ، نخلص على أن هناك

جدلا فقهيا حاد بين من يعتبر المرسل إليه اجنبيا عن عقد النقل البحري ، وبين من

يعتبره طرفا غير أجنبي عن العلاقة نفسها ، إلا ان الملاحظ أن المرسل إليه بالرغم من انه ليس طرفا في عقد النقل المبرم بين المرسل - أو الشاحن - والناقل ، غير انه من الناحية العملية ثبت على أن المرسل إليه يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات متولدة عن عقد النقل البحري ، وهذا ما سنتناوله في المحور الموالي والذي سنتطرق فيه لأحكام التزام المرسل إليه بشرط التحكيم المضمن في عقد النقل البحري .

المحور الثاني:

أحكام التزام الغير بشرط التحكيم المدرج في عقد النقل البحري:

غالبا ما تحكم عمليات النقل البحري علاقات متشابكة بين أطراف مختلفة، فالناقل قد يتعدد بين مجهز وناقل، أو بين ناقل فعلي وناقل متعاقد، كما ان الشاحن بدوره قد يتعدد إذ يتم نقل شحنات متعددة في عملية نقل واحدة، وكذلك صاحب الحق في البضاعة بدوره قد يتعدد بين شاحن ومرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن.

(1) فؤاد العلواني :

صيغ التحكيم في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، دار الحرية للطباعة والنشر، طبعة 1992، ص 102 .

وأمام هذا التداخل في العلاقات لا جدال في سريان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن على الشاحن والناقل باعتبارهما الطرفين الأصيلين في سند الشحن، إلا أن التساؤل المطروح يتمثل في مدى سريان هذا الشرط على أشخاص لم تكن أطرافا أصلية في سند الشحن كما هو الشأن بالمرسل إليه (العنصر الأول)، ونفس الأمر ينطبق على الوكيل البحري وشركات التأمين في مجال النقل البحري (العنصر الثاني).

العنصر الأول:

مدى التزام المرسل إليه بالشرط التحكيمي المدرج في عقد النقل البحري:

إذا كان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن كما سلف ذكره يسري بشكل لا رجعة فيه على أطرافه الأصلية، فإنه من جانب المرسل إليه فبالرغم من كونه ليس بطرف أصلي في سند الشحن، إلا أن هناك إجماع فقهي وقضائي على كون شرط التحكيم الوارد في

سند الشحن يسري على المرسل إليه على اعتبار كون هذا الأخير هو الحامل لذات السند والذي يستمد حقوقه منه، إضافة إلى كون المرسل إليه يعتبر من الأطراف ذوي الشأن في السند باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن، وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومند ارتباط الأخير به.

فإذا سلمنا على أن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن يسري على المرسل إليه، فإن التساؤل يثار بخصوص الحالة التي يتضمن فيها سند الشحن إحالة صريحة على شروط مشارطة الإيجار ومن بينها شرط التحكيم، فهل يسري هذا الشرط على المرسل إليه؟؟؟

ففي هذا السياق يرى بعض الفقه المغربي !، على أنه ينبغي التمييز في هذا الإطار بين أمرين اثنين :

(1) يونس بنونة:

مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، مطبعة الشريعة، طبعة 1993، ص 19.

- الأمر الأول :

تضمين سند الشحن شرط التحكيم مع الإحالة على شروط مشارطة الإيجار بخصوصه ، إذ في مثل هذه الحالة يسري شرط التحكيم على المرسل إليه !.

- الأمر الثاني:

كون سند الشحن لا يتضمن شرط التحكيم، ولكنه يحيل على شروط مشارطة الإيجار إحالة عامة، الشيء الذي يثير تساؤل عما إذا كان شرط التحكيم الوارد بالمشارطة يعتبر مندمجا في سند الشحن ومن ثمة يسري على المرسل إليه؟؟

فللإجابة عن هذا التساؤل ، وعند استقرائنا للعمل القضائي المغربي ، نجده يعتد بما هو مضمن في سند الشحن لتحديد العلاقة بين المرسل إليه والناقل البحري ، وبالتالي فإن شرط التحكيم إذا لم يكن مضمنا بصفة صريحة في سند الشحن فإنه لا يسري على المرسل إليه باعتباره غيرا وطرفا أجنبيا عن مشارطة الإيجار التي تتضمن شرط التحكيم !.

وفي هذا الصدد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء"، بتاريخ 29 مارس 1990 ، أقرت فيه عدم سريان شرط التحكيم على الشاحن والمرسل إليه واعتبرتهما أجنبيين عن المشارطة التي تتضمن شرط التحكيم ، ومن بين ما جاء في هذا الحكم ما يلي :

« حيث أثارت شركة « أونيمار « الدفع بعدم الإختصاص

لوجود شرط التحكيم بمشارطة الإيجار ، غير أنه بالرجوع إلى المشارطة

المذكورة - الفصل 35 منها - ، يتبين انه تخص طرفي العقد وهما

مالك الباخرة و المستأجرة لها ، وبالتالي لا يمكن سريانه على الشاحن

والمرسل إليه باعتبارهما أجنبيين عن المشارطة المذكورة ... » .

(1) وهذا الأمر سبق وأن أكده القضاء المقارن في شخص محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ 3 أبريل

1973، فمن بين ما جاء في هذا القرار ما يلي:

« ... إذا تم تضمين سند الشحن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في

مشارطة الإيجار ، فبمقتضاه يسري شرط التحكيم على المرسل إليه ... » .

(2) وهذا ما أقره قرار صادر عن استئنافية البيضاء بتاريخ 16 مارس ،1982 في الملف عدد ،1238/81 وهو الطرح الذي

تبناه كذلك قضاء المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - ، وذلك في قرار صادر عنه بتاريخ 20 أكتوبر ،1986 تحت

رقم 2481 موضوع الملف عدد 9778/85 .

أورده:

يونس بنونة:

مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، المرجع السابق ص 196.

(3) حكم ابتدائية الدار البيضاء عدد 264 صادر بتاريخ 29 مارس 1990 في الملف عدد 69/89 .

أورده :

يونس بنونة :

مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، المرجع السابق ، ص 197 .

وهذا التوجه القضائي الوطني ، تبناه القضاء المقارن في وقت سابق في شخص محكمة

ايكس بروفانكس ، ففي حكم صادر عن هذه المحكمة !، أكدت فيه على أن « شرط

التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يسري فقط في العلاقة بين المؤجر والمستأجر ولا

يسري في شأن الدعوى التي يرفعها المرسل إليه حامل سند الشحن ضد المستأجر ، إذ

يعتبر المرسل إليه غريبا عن مشارطة الإيجار .. » .

غير أن توجه قضاء بعض الدول العربية كمصر يرى خلاف هذا الأمر ، ففي قرار صادر عن محكمة النقض المصرية *، ذهبت هذه الأخيرة إلى اعتبار إحالة سند الشحن إلى الشروط العامة الواردة بمشارطة الإيجار من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشارطة مندمجا في سند الشحن وملزم للمرسل إليه .

ومما سلف ذكره، نستخلص أن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار لا يسري في مواجهة المرسل إليه إلا إذا تضمن سند الشحن بصفة صريحة فض النزاع عن طريق التحكيم، إذ في مثل هذه الحالة يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم، وبالتالي يمنع عليه اللجوء إلى القضاء عند وجود مثل هذا الشرط في سند الشحن.

وعليه، فإذا كانت مسألة سريان اتفاق التحكيم الوارد عقد النقل البحري على المرسل إليه قد لقيت جوابا في القضاء، فإن مسألة مدى سريان هذا الاتفاق على بعض الأطراف الأجنبية عن العقد كالوكيل البحري وشركة التأمين عن المخاطر البحرية لا زالت مطروحة، مما يتعين علينا البحث في هذا النقطة القانونية في العنصر الموالي من هذه الدراسة (العنصر الثاني).

(1) حكم محكمة ايكس بروفانس صادر بتاريخ 31 أكتوبر 1978، أورده :

OLIVIER CACHARD :

les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime, revue de droit DMF N 646, mars 2004.

(2) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في 18 أبريل 1979 ، أورده :

أحمد محمود حسني :

قضاء النقض البحري ، منشأة المعرف الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 ، ص 62.

العنصر الثاني:

مدى التزام شركة التأمين والوكيل البحري بشرط التحكيم المضمن

في عقد النقل البحري:

إذا كان سريان اتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن على المرسل إليه عرف شبه

إجماع فقهي وقضائي كما رأينا في المناقشة أعلاه، فيثار التساؤل حول الشأن بالنسبة لشركات التأمين في مجال النقل البحري (أولا)، كما يثار تساؤل حول تأثير التحكيم المبرم من طرف وكيل على أطراف عقد النقل البحري (ثانيا).

أولا:

التزام شركة التأمين بشرط التحكيم المضمن في سند الشحن:

ففي هذا الإطار ، يرى بعض الفقه المغربي على أن شركة التأمين تلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن كما هو الشأن بالنسبة للمرسل إليه ، وسندهم في ذلك أن هذا الأخير (أي المرسل إليه) يحيل إليها حقوقه ودعواه في مواجهة الناقل ، تأسيسا على أن شركة التأمين ترجع على الناقل بناء على حوالة الحق ، على اعتبار أن حوالة الحق بما يتضمن من حقوق والتزامات يكون المحال إليه ملتزما باتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط ذلك العقد ، بحيث يجوز للطرف الآخر أن يحرك تجاهه إجراءات التحكيم ! .

وعلى مستوى العمل القضائي، فقد سبق للقضاء في فرنسا أن سلك هذا التوجه من خلال المحكمة الفيدرالية لجزر)» سان توماس» و))سان جورج»، في الحكم الصادر عنها بتاريخ 4 أكتوبر 1982، إذ جاء في هذا الحكم ما يلي:

«إن تطبيق اتفاق التحكيم يمتد ليشمل الشخص الذي أحيلت إليه الحقوق موضوع التحكيم وهو في الحالة المطروحة شركة التأمين المؤمن لديها صد حريق السفينة، والتي آلت إليها الحقوق المتصلة بمطالب المتسبب في الحريق «. 2

(1) المختار بن أحمد عطار:

الوسيط في التأمين البحري ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى سنة 2000 ، ص 132 .

(2) سامية رشيد :

التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار الحرية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص 129

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف بباريس في 13 نونبر 1992 على أنه:

« بمقتضى الأثر الناقل لحلول شركة التأمين في حقوق ودعاوي المؤمن عليه، فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن مع ديون وحقوق المؤمن عليه بأوصافه التي ينطوي عليها دون تحديد «. 1

وعليه، ومما سلف ذكره يتضح لنا بجلاء، أنه من الناحية العملية فإن شرط التحكيم الوراد بسند الشحن يسري بدوره على شركة التامين شأنها شأن المرسل إليه، بالرغم من كون شركة التأمين ليست بطرف أصلي في عقد النقل البحري، فماذا عن الوكيل البحري؟؟

ثانيا:

التزام أطراف عقد النقل البحري بالتحكيم المبرم من طرف الوكيل البحري:

يلاحظ من الناحية العملية أن الوكيل البحري عند تعاقده نيابة عن أطراف العملية البحرية يضمن هذه العقود بنودا تقضي بإحالة النزاع في حالة نشوبه على الهيئات التحكيمة، كأن يتعاقد مع الشاحن نيابة عن الناقل بوصفه وكيلا عنه، غير أن التساؤل المطروح في هذا الصدد يتجلى في حكم هذا الاتفاق التحكيمي؟؟

فبرجوعنا إلى القواعد العامة المضمنة في قانون الإلتزامات والعقود المغربي، سيما مقتضيات المادة 894 منه، نستنتج أن المشرع المغربي يلزم وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

وعليه ومن خلال المقتضيات القانونية الواردة بنص المادة أعلاه، وأمام غياب نص خاص في هذه المسألة، نخلص أن الوكيل العام البحري لا يملك صلاحية الاتفاق

(1) قرار محكمة الإستئناف بباريس أوردته :

أمال أحمد كيلاني :

التقاضي في عقد النقل البحري ، مطبعة الرسالة

بطنطا، القاهرة، الطبعة الأولى سنة 2001، ص 278 .

على التحكيم في بعض الأعمال الخاصة المتعلقة بالنقل البحري، لأن سلطته منحصرة في أعمال الإدارة والتي لا تخول له حق اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، كالمساطر التحكيمية التي يباشرها ربابنة السفن للإنقاذ أو في حالة الخسارات المشتركة أو غيرها من الحالات التي يستعصي فيها الرجوع على الناقل شخصيا.

غير أنه وكما يرى بعض الفقه ، ففي بعض الحالات التي يكون فيها الناقل البحري

يملك شركة ملاحية للنقل ، فإن التحكيم الذي يباشره مدير عام الشركة والذي منح له مجلس الإدارة سلطة إدارة الشركة يعتبر صحيحا و جائزا ، لأنه أبرم الاتفاق على التحكيم نيابة عن هذه الشركة ، وذلك لكون اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات صار من مستلزمات الشركات التجارية والطريق العادي الذي تفضله هذه الشركات لفض منازعاتها مع الغير !.

خاتمة:

وصفوة القول ومن خلال ما سلف ذكره ، حاولنا الإجابة على مجموعة من النقط القانونية المرتبطة بالإشكال الجوهري الذي افتتحنا به الدراسة ، والمتجلي في مدى التزام الغير - المرسل إليه على وجه الخصوص - ، بشرط الاتفاق التحكيمي الوارد في سند الشحن في المنازعات التجارية البحرية ، وخلصنا على أنه بالرغم من الجدل الفقهي بخصوص اعتبار المرسل إليه طرفا أجنبيا عن عقد النقل البحري وبالتالي لا تسري عليه البنود المضمنة في عقد النقل البحري الذي يربط الشاحن بالناقل بما فيها احتواء هذا العقد على الشرط التحكيمي ، إلا أنه من الناحية العملية اتجه العمل القضائي في المغرب وكذا في القضاء المقارن على ان المرسل إليه يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات

(1) يونس بنونة :

مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، المرجع السابق ، ص 212 .

متولدة عن عقد النقل البحري مما يعني أن الشرط التحكيمي المضمن بسند الشحن فضلا على أنه يسري على أطراف العقد الأساسية - أي الشاحن والناقل - ، فبالتبعية يسري كذلك على المرسل إليه ، كما يسري كذلك على المؤمن في مجال النقل البحري.

X. الوساطة الاتفاقية:

قراءة في قانون التحكيم

والوساطة الاتفاقية

من إعداد:
زكرياء الغزاوي
رئيس قسم القضايا التجارية ومنازعات التحكيم

تعتبر الوساطة من أقدم الآليات المستعملة في تسوية المنازعات سواء بين الأطراف أو بين المجتمعات المتخاصمة، فقد عرفت حتى ما قبل الإسلام، وذلك في غياب مقومات الدولة والسلطة العمومية (١).

ولم يعرف المغرب التنظيم القانوني للوساطة إلا من خلال القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، المعدل للقانون المسطرة المدنية، إذ نظم الآلية الأخيرة لتسوية المنازعات لأول مرة، غير أن المشرع المغربي نظم فقط الوساطة الاتفاقية دون الوساطة القضائية الإلزامية، التي تمنح للقاضي، أثناء النظر في النزاع، إمكانية اقتراح الوساطة بين الأطراف.

وقد كرس المشرع المغربي تبنيه للوساطة الاتفاقية من خلال القانون الصادر بتاريخ 13 يونيو 2022 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية (3)،

المبحث الأول:
الإطار العام للوساطة الاتفاقية:

المطلب الأول:
تعريف الوساطة الاتفاقية وتمييزها عن بعض الآليات المشابهة:

الفقرة الأولى:
تعريف الوساطة الاتفاقية ومميزاتها:

Sélim Jahel :
«Le concept de médiation dans l'Islam », in Nassib Ziadé (ed), liber Amicorum Samir Saleh :
(1)
p.109- ,2019, world Arab the on Emphasis Particular, with Resolution Dispute on .Reflexions
114

(2) ج رعدد 7009 بتاريخ 13 يونيو 2022، ص:
3579.

أولا:

تعريف الوساطة الاتفاقية:

لم يضع المشرع المغربي تعريفا للوساطة، على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، غير أنه يمكن أن نضع مفهوما لهاته الآلية من خلال بعض المقتضيات القانونية المنظمة لها في قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية، ولاسيما المادة 86 التي نصت على أن الوسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي نزاع بين الأطراف، وبالتالي فإنه يمكن تعريف الوساطة الاتفاقية بكونها وسيلة بديلة لتسوية المنازعات أساسها اتفاق بين الأطراف المتنازعة على تسوية النزاع الناشئ حالا أو في المستقبل بواسطة وسيط تختاره الأطراف المتنازعة مهمته تسهيل إبرام صلح ينهي النزاع.

وانطلاقا من هذا التعريف فإن الوساطة تختلف عن بعض الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات بكونها تمتاز بالمرونة طالما أن الأطراف هي التي تبحث عن الحل(١) وليس الوسيط.

ثانيا:

مميزات الوساطة:

من بين الأسباب التي تدفع الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى الوساطة دون القضاء خصوصا في مجال المعاملات التجارية ما تتسم به الوساطة من مزايا متعددة تتمثل في التخصص والكفاءة المهنية التي يتمتع بها الوسيط والسرعة والسرية وبساطة الإجراءات.

أ- التخصص والكفاءة المهنية:

ليس بالضرورة أن يكون الوسيط شخصا ملما بالقانون بل هو شخص فني قد يكون حرفيا وقد يكون مهنيا، مما يفيد عدم الحاجة إلى خبير منتدب وهو ما يساعد على توفير الوقت والمصاريف.

(1) Fathi Ben Mrad : « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », Informations sociales, 2012/2 n° 170, p.11- 19.

ب- السرعة:

لا يتقيد الوسيط بإجراءات التقاضي العادية وآجالها، وبالتالي يتفادى بطء الإجراءات القضائية، هذا بالإضافة إلى أن الوسيط يعتبر شخصا متفرغا للقيام بالمهمة الموكولة إليه داخل المدة المتفق عليها، هذا بالإضافة إلى أن الوساطة تتم على درجة واحدة دون إمكانية الطعن في وثيقة عدم وقوع الصلح.

ت- السرية:

لا تخضع الوساطة إلى نظام علانية الجلسات كما هو الحال بالنسبة للجلسات المنعقدة أما محاكم الدولة مما يحفظ لأطراف النزاع سمعتهم وأسرار معاملاتهم (١).

ث- المرونة وبساطة الإجراءات:

تتسم الوساطة الاتفاقية ببساطة الإجراءات وسهولتها لأنها لا تتقيد بشكليات معينة التي تتطلبها إجراءات التقاضي أمام المحاكم الرسمية، فمهمة الوسيط، وعلى خلاف الأمر بالنسبة للقاضي أو المحكم، تقتصر فقط على مساعدة الأطراف المتخاصمة على إيجاد حل للنزاع، وبالتالي فالعدالة المرجوة في الوساطة هي عدالة مرنة على خلاف عدالة المحاكم لأنه يتوقع حلا سريعا للخصومة.

ونظرا للمميزات التي تمتاز بها الوساطة فإن الفاعلين في الميدان الاقتصادي اتجهوا في الآونة إلى الوساطة، بعد أن كانت آلية التحكيم، وذلك بالنظر إلى بساطة ومرونة إجراءات الوساطة في مقابل شكلية التحكيم (٤).

(1) جاء في المادة 95 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:

«تتسم أعمال الوساطة بالسرية ... »

Bruno oppetit :.

« Les modes alternatifs de règlement des différends », in Justices, 1995, nº1, p.53- 59 (2)

الفقرة الثانية:

تمييز الوساطة عن بعض الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات:

أولا:

تمييز الوساطة (La mediation) عن التوفيق (La conciliation):

مصدر كلمة التوفيق (La conciliation) يوناني (Conciliare) أي من فعل أوحد (Unir) أما كلمة الوساطة فكذلك مصدرها يوناني (mediare) أي أن يكون الشخص في الوسط (@tre au milieu)، ونقطة الاختلاف بين الوساطة والتوفيق تتمثل، خاصة، في المهام الموكولة لكل من الوسيط والموفق فهذا الأخير يقوم باقتراح الحلول على الأطراف المتنازعة و يعتبر طرفا فعالا في هذه المسطرة إذ يمكنه مناقشة وجهات النظر الخاصة بهذه الأطراف في حين أن الوسيط فدوره يقتصر فقط على مساعدة الأطراف على إيجاد حل بأنفسهم (١)، وهو التمييز الذي يتماشى مع الاتجاه الغالب في الفقه القائل بكون الموفق يعتبر طرفا فعالا في إيجاد الحل أكثر من الوسيط (3)، فهو يقوم بتقديم رأيه و موقفه القانوني من النزاع وتقدير الوقائع وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للوسيط الذي ترتكز مهمته على شخص الأطراف المتنازعة بغية مساعدتهم على إيجاد الحل وليس على وقائع النزاع.

ثانيا:

تمييز الوساطة عن المفاوضة (La negociation):

اختلف الفقه في تعريف المفاوضة بين من اعتبرها مواجهة بين أطراف مرتبطة بمصلحة معينة، تقدم فيما بينها الحد الأدنى من الاستعداد للتوصل إلى تسوية بغرض تقريب التباعد الحاصل فيما بينها، وذلك بغية ايجاد حل مقبول بالنظر إلى الأهداف المتوخاة من المصلحة المشتركة ومساحة المناورة التي قدموها لأنفسهم (3)، وبين من اعتبرها شكل من أشكال الحوار المرتكز حول تسوية خلاف والتي تهدف إلى وضع اتفاق مقبول بين الأطراف (٤).

Vivier j - L :

(1) La réforme de la conciliation et de l'introduction de la médiation dans la procédure civile », « Petites affiches, 25 novembre 1996, p.12.

Fathi Ben Mrad :

(2) « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », article précité

Lionel Bellenger :

(3) «La négociation », Presses universitaires de France (Puf), coll. Que sais-je ? », 2003, p. 25

Arnaud Stimec :

(4) La « La médiation en entreprise », Paris, Dunod, coll. « Fonctions de l'entreprise »; 2005

وعلى خلاف الأمر بالنسبة للوساطة فإن التفاوض لا يتطلب وجود شخص من الغير ما دام أن الأطراف يمكنها التفاوض إما مباشرة أو بواسطة ممثليهم (١).

ثالثا:

تمييز الوساطة عن التحكيم:

على خلاف التحكيم تتميز الوساطة بالمرونة وعدم الشكلية، هذا بالإضافة إلى أن الفيصل بين هاتين الوسيلتين يتمثل في طبيعة المهمة الموكولة لكل من الوسيط والمحكم، فمهمة الأول تنحصر فقط في تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة بغية إيجاد صلح بينهما ومن ثمة فهو لا يفصل في النزاع وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للمحكم الذي يفصل ويبت في النزاع بحكم تحكيمي قاطع. وبالتالي يمكن اعتبار التحكيم، مقارنة بالوساطة، وسيلة بديلة غير ودية (٤).

ومما سبق فإن الرسم الموالي يوضح الفرق بين كل من التفاوض والوساطة والتحكيم.

المطلب الثاني :

التنظيم القانوني للوساطة الاتفاقية:

الفقرة الأولى:

الوساطة في القانون المغربي:

نظم المشرع المغربي الوساطة الاتفاقية في قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية، في المواد من 86 إلى 100، مكتفيا بتنظيم الجوانب الإجرائية والمسطرية لهاته الآلية، في حين توجد مجموعة من النصوص القانونية التي نصت على جواز اللجوء إلى هذه الآلية في بعض العقود، ونذكر على سبيل المثال:

Sonia Massot :

Marseille, Aix Université doctorat, de thèse », civil procès le dans dilatoires manœuvres Les « (2)

.2018, p.6

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

عدد خاص

أ- عقود الشراكة بن القطاعين العام والخاص:

نصت المادة جاء فى المادة 27 من القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما يلى:

«ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل حل النزاعات على اللجوء إلى مساطر الصلح والوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يمكن لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن ينص على مسطرة الصلح قبل اللجوء، إلى مساطر الوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الوسيط المختص أو هيئة التحكيم ذات الاختصاص في حالة اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية أو التحكيم.

ب- عقود الصفقات العمومية:

ورد في المادة 82 من مرسوم عدد 2.14.349 الصادر في 13 ماي 2016 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال على ما يلى:

«يمكن لصاحب المشروع والمقاول، باتفاق مشترك، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تسلم رسالة السلطة المختصة أو لتاريخ انتهاء أجل خمسة وأربعين (45) يوما المذكورة في المادة 81 من هذا الدفتر، إما اللجوء إلى الوساطة وإما إلى التحكيم طبقا لمقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من نص قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير

الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم نسخه وتعويضه بالقانون رقم 05.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)».

ج- العقود البنكية:

نص المشرع المغربي على إمكانية اللجوء إلى الوساطة في بعض العقود البنكية، إذ نصت المادة 111 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على ما يلي:

«يجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض خلال السنتين المواليتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير.

ويسري هذا الأجل ابتداء من التاريخ الذي أصبح فيه قسط الدين موضوع نزاع طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بشأن مؤن تغطية الديون غير المؤداة.

إذا كانت كيفيات تسديد الأقساط غير المؤداة محل تعديل أو إعادة جدولة، فان أجل سقوط الحق يبتدئ منذ أول عارض لم تتم تسويته بعد أول تعديل أو إعادة جدولة اتفق عليها المعنيون بالأمر.

إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة، فان إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة.

لا يحتسب أجل سقوط الحق إلا بعد استنفاذ مسطرة الوساطة والتي يجب أن تبدأ خلال سنة من تاريخ التصريح بتوقف المقترض عن الأداء.

في حالة اللجوء إلى الوساطة، لا يمكن تحميل المقترض فوائد التأخير أو أي مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة».

هذا بالإضافة إلى أن القانون رقم القانون 103 - 12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها يشير صراحة، في المادة 158 منه، إلى وجوب انضمام مؤسسات الائتمان إلى نظام وساطة بنكية يهدف إلى تسوية ودية للنزاعات القائمة بينها وبين عملائها.

وبناء على دورية والي بنك المغرب بتاريخ 10 يونيو 2016 بشأن طرق تفعيل نظام

الوساطة المصرفية أحدث المركز المغربي للوساطة البنكية الذي أوكلت له مهمة التسوية الودية للخلافات التي تحدث أو يمكن أن تحدث بين الزبناء ومؤسسات الائتمان.

الفقرة الثانية:

الوساطة فى القانون الدولى :

لم تعرف الوساطة انتشارا على المستوى الدولي، على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، إلا في السنوات الأخيرة، إذ توجه المجتمع الدولي إلى تقنين هذه الآلية، سواء من خلال الاتفاقيات الدولية أو وضع قانون نموذجي للوساطة أو القواعد المنظمة للمؤسسات المهنية.

أ- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، لسنة 2018:

يهدف القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

الدولي المعروفة اختصارا باليونسترال إلى مساعدة الدول على إصلاح قوانينها المتعلقة بإجراءات الوساطة وتحديثها، كما يوفر قواعد موحدة فيما يتعلق بآلية الوساطة، ويهدف إلى التشجيع على استخدامها.

وقد كان هذا القانون يتعلق في أول مرة بالتوفيق، إلى أن أدخلت عليه تعديلات سنة 2018 بإضافة باب جديد يتعلق باتفاقات التسوية الدولية وتنفيذها كما تم تغيير اسم هذا القانون النموذجي ليصبح يحمل اسم «القانون النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة»، وقد تم استخدام مصطلح «الوساطة» بدلا عن التوفيق.

ويتناول القانون النموذجي الجوانب الإجرائية للوساطة، بما فيها تعيين الوسطاء، وبدء الوساطة وإنهاؤها، وتسيير إجراءات الوساطة، والاتصالات بين الوسيط والأطراف الأخرى، وسرية الأدلة وقبولها في الإجراءات الأخرى، وكذلك مسائل ما بعد الوساطة مثل قيام الوسيط بدور المحكم، ووجوب تنفيذ اتفاقات التسوية.

ويتضمن القانون النموذجي قواعد موحدة بشأن تنفيذ اتفاقات التسوية، ويتناول أيضا حق الأطراف في الاحتجاج باتفاق التسوية في الإجراءات. ويسرد القانون قائمة

شاملة بأسباب رفض التماس الانتصاف التي يمكن للأطراف الاحتجاج بها في الإجراءات المشمولة بالقانون النموذجي.

ويمكن استخدام القانون النموذجي كأساس لسن تشريعات بشأن الوساطة، بما في ذلك، عند الاقتضاء، لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، المعروفة أيضا باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة».

ب- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لسنة 2019 (اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة):

اعتمدت الجمعية العامة المتابعة لهيئة الأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، التي تعرف أيضا باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة» في ديسمبر 2018، وهي تنطبق على اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، وتضع هذه الاتفاقية إطارا قانونيا للوساطة وكذلك تنفيذ لاتفاقات الوساطة.

وتعد هذه الاتفاقية أداة لتيسير التجارة الدولية والترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية. ومن المتوقع منها، باعتبارها صكا دوليا ملزما، أن تضفي اليقين والاستقرار على الإطار الدولي الخاص بالوساطة، مما يساهم في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وقد فتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في 7 غشت 2019 في سنغافورة وبعد ذلك في مقر الأمم المتحدة في نيويورك.

ومما تجدر أن المجلس الوزاري المغربي تحت رئاسة صاحب الملك محمد السادس صادق، بتاريخ 28 يونيو 2021، على انضمام المملكة المغربية لهذه الاتفاقية الأمم

ج- قواعد IBA لسنة 2012 المتعلقة بالوساطة بين المستثمرين والدول:

بدأت الجمعية الدولية للمحامين المعروفة اختصارا ب IBA عملها سنة 2008،

من أجل وضع مجموعة من القواعد بشأن الوساطة بين المستثمرين والدول على أساس

تبني آلية الوساطة أمام CIRDI آنذاك، وقد أخذت هذه الجمعية في الاعتبار مجموعة من

العناصر من جملتها :

- عدم الإشارة إلى الوساطة في معظم الاتفاقيات الدولية للاستثمار؛

- عدم وجود قواعد خاصة بالوساطة بالنسبة للمنازعات بين المستثمرين

والدول المضيفة ؛

- الابتعاد عن قواعد التوفيق في CIRDI التي اعتبرت مشابهة للغاية

للتحكيم؛

- نقص عام في الوعي بفائدة الوساطة المحتملة في مجتمع الاستثمار

الدولي؛

- عدم وجود مجموعة من الوسطاء المؤهلين؛

- عدم وجود أطر قانونية وطنية مؤهلة بشأن الوساطة.

في أوائل سنة 2011 وضعت اللجنة الفرعية مشروع صياغة القواعد وأنشأت فريق

عمل مع العديد من لجان الصياغة التي تم تبنيها سنة 2012 وتم اعتماد الوساطة كآلية

لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تتعلق بالدول (المادة 1 (1))، كما تم تحديد

دور الوسيط بوضوح في المادتين 7 (2) و8 (2) التي تنص على أنه «لا يجوز للوسيط أن

يفرض على الطرفين أي تسوية جزئية أو كاملة للخلافات أو النزاعات [...] الوسيط يجب

أن تساعد الأطراف على التوصل إلى اتفاق بشأن تسوية نزاعهم على أساس طوعي يتخذ

فيه الطرفان خيارات حرة ومستنيرة وتقرير المصير فيما يتعلق بالعملية والنتيجة «.

وتنتهي مسطرة الوساطة في إحدى الحالات التالية:

- إما عندما يتم التوصل إلى تسوية متفق عليها من خلال إبرام اتفاق

بين الطرفين يضع حدا للنزاع؛

- أو بقرار صادر من أحد الطرفين بوقف عملية الوساطة؛

- أو بقرار من الوسيط، بعد التشاور مع الأطراف، في حالة ما إذا كانت التسوية غير ممكنة.

المبحث الثاني:
سريان الوساطة الاتفاقية ومآلها:

المطلب الأول:
الولوج إلى الوساطة الاتفاقية:

لا تقوم الوساطة باعتبارها عدالة اتفاقية إلا عند اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، في شكل اتفاق الوساطة، سواء كان شرطا أو عقدا الذي.

1. تعريف اتفاق الوساطة وصوره وشرط قيامه:

عرف المشرع المغربي اتفاق التحكيم في المادة 87 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية بأنه العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط، يكلف بتسهيل بإبرام صلح لانهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد، ومن ثمة فإن أساس الوساطة هو الاتفاق.

ويمكن إبرام اتفاق الوساطة إما قبل قيام النزاع ويسمى في هذه الحالة شرط الوساطة أو بعد نشوء النزاع ويسمى عقد الوساطة (١)، وفي كلتا الحالتين يجب أن يبرم كتابة إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بواسطة محضر يحرر أمام المحكمة وإما أمام الوسيط المختار أو بأي وسيلة يتفق عليها الأطراف (3).

وإذا كان القانون القديم قد اشترط في عقد الوساطة، تحت طائلة البطلان، تحديد موضوع النزاع وكذلك تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه، فإن القانون الجديد لم يشترط في عقد الوساطة سوى تحديد موضوع النزاع، ونفس الأمر نجده بالنسبة لشرط الوساطة، إذ أن المشرع لم يشترط، تحت طائلة البطلان، سوى أن يحرر كتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة تحيل عليه دون ضرورة تعيين الوسيط أو طريقة تعيينه.

كما حدد المشرع المغربي في الفصل 65-327 من قانون المسطرة المدنية مدة مهمة الوسيط في 3 أشهر تبتدأ من تاريخ قبول الوسيط مهمته، وهذه المدة قابلة للتمديد باتفاق

الأطراف.

(1) جاء في المادة 88 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:

((يمكن إبرام اتفاق الوساطة:

- بعد نشوء النزاع، ويسمى («عقد الوساطة ((؛

- قبل نشوء النزاع بالتنصيص عليه في العقد الأصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد، ويسمى («شرط الوساطة)».

(2) جاء في المادة 89 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:

يجب أن يبرم اتفاق الوساطة كتابة بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر يحرر أمام المحكمة المختصة، وإما أمام الوسيط

المختار، أو بأب وسيلة أخرى يتفق عليها الأطراف.

يعتبر اتفاق الوساطة مبرما كتابة، إذا ورد في وثيقة موقعة من لدن الأطراف أو في رسائل متبادلة أو برقيات أو أي وسيلة أخرى

من وسائل الاتصال المكتوبة تثبت وجوده، أو بموجب رسائل الكترونية معدة وفقا للنصوص القانونية الجاري بها العمل،

أو بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الأطراف أمام الوسيط وجود اتفاق وساطة دون أن ينازعه الطرف

الآخر في ذلك.

ويعد في حكم اتفاق الوساطة المبرم كتابة، كل إحالة صريحة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية،

أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرط وساطة، إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد».

2. الأثر السلبي لاتفاق الوساطة:

يترتب عن اتفاق الوساطة أثر سلبي في مواجهة محاكم الدولة إذ أنه في حالة ما إذا

عرض نزاع أمام محكمة الدولة متفق بشأنه على الوساطة، يجب على الطرف المدعى

عليه الدفع بوجود اتفاق الوساطة، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة التصريح بعدم

القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

أما إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الوسيط فإن المحكمة تصرح كذلك بعدم

القبول، في حالة ما إذا تمسك المدعى عليه بوجود اتفاق الوساطة، ما لم يكن اتفاق

الوساطة باطلا بطلانا واضحا.

وفي هذا الصد صدرت مجموعة من الأحكام القضائية في المغرب التي صرحت

بعدم القبول لوجود اتفاق الوساطة، من بينها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية

بالرباط بتاريخ 03/03/2015 (١).

وعلى خلاف الأمر بالنسبة للتشريع المغربي فإن المشرع الألماني لم ينص صراحة

على تخلي المحكمة عن النظر في النزاع عند وجود اتفاق الوساطة، غير أنه ومن خلال

الاطلاع على مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الفيدرالية

يتبين أن الاتجاه الغالب يعتبر أن اللجوء إلى المحكمة يجب أن يكون في المرحلة

الأخيرة بعد فشل مسطرة الوساطة (3) كما اعتبر القضاء الألماني اللجوء إلى المحكمة

على الرغم من وجود اتفاق الوساطة يعتبر سابقا لأوانه وقضت بذلك المحكمة بعدم

(1) الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 03/03/2015 في الملف عدد 748/1501/2015 (الحكم غير

منشور).

(2) Federal Supreme Court, NJW 1977, p. 2263; NJW 1984, p. 669; NJW 1999, p. 647; Eidenmuiller, Vertrags-

und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, p. 13; Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, $ 3, para. 22.

القبول مؤقتا (١) ولا يمكن للمحكمة أن تصرح بعدم القبول إلا في حالة تقديم تعرض

من قبل الجهة المدعى عليها وذلك قبل مناقشة الموضوع (3)، و بالتالي يترتب عن وجود

اتفاق الوساطة تتنازل الأطراف عن حقها في اللجوء إلى محاكم الدولة (3).

3. الدفع باتفاق الوساطة:

كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه في حالة ما إذا عرض نزاع متفق في شأنه

على الوساطة أمام محكمة الدولة، فإنه يجب على القاضي التصريح بعدم

القبول، وهو الدفع الذي يجب أن يتمسك به المدعى عليه ولا يجوز للقاضي

التصريح بعدم القبول تلقائيا.

4. تقدير قاضي الدولة لحالة البطلان :

بالرجوع إلى المادة 93 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية (٤) فإنه يتعين على

المحكمة التصريح بعدم قبول الدعوى عندما يعرض أمامها نزاع موضوع اتفاق الوساطة،

647; p. 1999, NJW 669; p. 1984, NJW 2263; p. 1977, NJW Court, Supreme Federal (1) Bavarian Supreme Court,

Appeal Regional 288; p. 1971, NJW Celle, Court Appeal Regional 910; p. 1996, NJW-RR Court Oldenburg, VersR

Court Appeal Regional 63; p. 1986, ZMR Zweibricken, Court Appeal Regional 369; p. 1981, Oldenburg, MDR

Court Appeal Regional 638; p. 1990, MDR Koln, Court Appeal Regional 414; p. 1987, Dusseldorf, Regional Appeal

1998, AnwBl. Brandenburg, Court Appeal Regional 236; p. 1992, Dusseldorf Report Court 281; Regional Appeal

judgment Dusseldorf, Court Appeal Regional 778; p. 1998, RR NJW- a.M., Frankfurt Court dated 17. 10. 2000 -

Court Appeal Regional the Only 614. p. 2001, DStRE Minster, Court Regional 30/00; U 21 Dusseldorf (ZfgG 25

[1975], p. 228 at 230) dismissed once the action as being unfounded.

(2) Federal Supreme Court, NJW 1977, p. 2263; NJW 1984, p. 669; NJW 1999, p. 647.

(3) Fabian M. Friedrich :

« The enforceability of mediation clauses - The approach of English and German

(eds); Jan 2005, p. 250- 254.

(4) جاء في الفصل 64- 327 من قانون المسطرة المدنية ما يلي:

«يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق وساطة وفقا لمقتضيات هذا الفرع أن

تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

إذا كان الوسيط لم يعرض عليه النزاع بعد، وجب على المحكمة أيضا أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن اتفاق

الوساطة

باطلا بطلانا واضحا.

لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول.

في الحالة الثانية، يجوز لها أن تحدد بطلب من الطرف الذي رفع الأمر إليها الأجل الأقصى الذي يجب أن تبدأ فيه الوساطة تحت طائلة بطلان الاتفاق.

غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات، وذلك عندما يكون اتفاق التحكيم باطلا.

و نظرا لقلة وندرة الأحكام القضائية الصادرة في مادة الوساطة ولا سيما النقطة المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم، فإننا سنحاول الاستئناس بموقف القضاء فيما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، إذ ومن خلال الاطلاع على الأحكام القضائية يتضح أن البطلان الواضح هو البطلان الجلي الذي لا لبس فيه ولا يثير وجوده أي شك (٤)، وتقوم فكرة البطلان الجلي على استعمال فكرة الظاهر، و بمفهوم المخالفة فإن اتفاق الوساطة الذي تكون صحته ظاهرة وجلية لن يكون أبدا ظاهر البطلان، ومن ثم فالبطلان الظاهر هو البطلان الذي يفرض نفسه بوضوح(3)، وبالتالي فإن اتفاق الوساطة يكون باطلا عندما لا ينازع أحد في بطلانه.

ويتبين من خلال الاطلاع على موقف القضاء من وجود البطلان الموجب لقيام الاختصاص القضائي، أنه تبنى تفسيرا ضيقا ومحدودا للبطلان الظاهر، وفي هذا الاطار فقد اعتبر القضاء أن التنصيص في اتفاق التحكيم على بعض المقتضيات لا يعتبر بطلانا واضحا، كتنصيصه على إمكانية مخالفة المحكمين قواعد النظام العام (٥)، أو تنصيصه على عدم إخضاع المحكمين لأية قاعدة أو أجل محدد في القانون (٥).

كما أن التفسير الضيق للبطلان، لا يتوقف عند تنصيص اتفاق التحكيم على بعض المقتضيات، بل إنعدم تحديده لإجراءات تعيين المحكم أو المحكمين لا يعتبر باطلا (3)، ما دام أنه من الممكن تجاوز ذلك، من خلال لجوء أطراف التحكيم إلى قضاء الدولة في أفق تعيين هيئة التحكيم.

(1) - Ph. Fouchard :

« La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. Arb. 1985,

p. 27.

(2) - حسام الدين فتحي ناصف:

«قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها)»، م.س، ص:

118.

(3) C. Cass., ch. civ. lere, 6 juill. 2005 nos 04- 10455, 04- 10456, 04- 10457

(4) C. Cass., ch. civ. lere, 7 juin 2006, note P. Rouche, Rev. arb., 2007.545,.

(5) - C.A. Paris, 23 oct. 2008, obs. Th. Clay, Rec. D., 2009.2959,.

ونرى أن التفسير الضيق الذي تبناه القضاء للبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم يدفع نحو منح هذا الاتفاق الفعالية اللازمة لترتيب أثره السلبي المتمثل في منع قضاء الدولة من النظر في النزاع المتفق في شأنه على التحكيم لفائدة الوسيط.

5. التزامات الوسيط ومسؤوليته:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن الوساطة، وعلى خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم، يمكن أن تعهد إلى شخص ذاتي أو اعتباري (١)، وهو نفس المقتضى نصت عليه المادة 1532 من قانون المسطرة الدنية الفرنسي (3)، غير أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد نص في ذات المادة على أنه في حالة ما إذا كان الوسيط شخصا معنويا فإنه يقوم، بالاتفاق مع الأطراف، على تعيين شخص طبيعي يقوم بمهمة الوساطة، فإن المشرع المغربي لم ينص على ذلك مما قد يفيد أن الوساطة يمكن أن تمارس بواسطة شخص معنوي، و هو الأمر الذي يثير الاستغراب، خاصة أن طبيعة الشخص المعنوي لا تستقيم مع طبيعة المهام الموكولة للوسيط.

واشترط المشرع المغربي في الوسيط الشخص الذاتي أن يكون كامل الأهلية ولم يسبق أن صدر ضده «حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة، أو كان موضوع عقوبة تأديبية انتهت بعزله من وظيفة رسمية، أو بإحدى العقوبات المالية المنصوص عليها في القسم السابع من الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، أو بالحرمان

من أهلية ممارسة التجارة أو حق من حقوقه المدنية».

(2) L'article 1532 du CPC dispose que :

(1) جاء في الفقرة 1 من المادة 97 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية ما يلي:

«يعهد بالوساطة إلى شخص ذاتي أو شخص اعتباري».

« Le médiateur peut être une personne physique ou morale.

la parties, des l'accord avec désigne, il morale, personne une est médiateur le Lorsque personne physique chargée

d'accomplir la mission de médiation ».

وبمجرد تعيين الوسيط، فإنه يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات، من بينها الاستقلالية والحياد والنزاهة والتجرد، وهي الالتزامات التي يتعين أن تتوفر فيه من تاريخ قبول المهمة المسندة إليه، وهو القبول الذي يتعين على الوسيط إخبار الأطراف به بكل الوسائل المتاحة.

كما أن الوسيط يلتزم بعدم التخلي عن المهمة الموكولة إليه في حالة قبولها إلا باتفاق لأطراف الأطراف أو انصرام أجل 3 أشهر المحددة أعلاه دون إبرام صلح أو بأمر من القاضي.

بالإضافة إلى مسؤولية الوسيط المدنية المترتبة عن الالتزامات السابقة، فإن الوسيط يكون مسؤولا مسؤولية جنائية في حالة ما إذا خالف المقتضيات القانونية المنصوص عليها في القانون الجنائي الخاصة بكتمان السر المهني.

ثانيا:

سريان مسطرة الوساطة وصدور وثيقة وقوع الصلح او عدم وقوعه:

1. سريان مسطرة الوساطة:

بمجرد قبول الوسيط للمهمة الموكولة له يبدا في إجراءات الوساطة وذلك من خلال الاستماع إلى الأطراف المتنازعة والمقارنة بين وجهات نظرها وذلك بغية تمكينهم من إيجاد حل للنزاع، كما يمكن للوسيط الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك بالإضافة إلى إمكانية الأمر إلى بإجراء خبرة التي من شأنها المساعدة على التوصل إلى حل.

2. صدور وثيقة بوقوع الصلح أو عدم وقوعه:

تنتهي مسطرة الوساطة في إحدى الحالتين التاليتين:

- في حالة وقوع صلح فإن الوسيط يقترح على الأطراف مشروع صلح أو بيانا عن الأعمال التي قام بها الذي يتم تحريره في وثيقة صلح تتضمن مجموعة من الشكليات من أهمها العناصر التي تم الاتفاق عليه بالشكل الذي حدا للنزاع، وهي الوثيقة التي يوقعها الوسيط والأطراف المتنازعة ويكتسي هذا الصلح قوة الشيء المقضي به.

وبناء على هذه الوثيقة فإن الأطراف تكون ملزمة بتنفيذ مضمونها غير أنه في حالة ما إذا تعنتت أحد الأطراف عدم التنفيذ يمكن للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة من أجل تذييلها بالصيغة التنفيذية، لتبتدأ بعد ذلك إجراءات التنفيذ الجبري.

- أما في حالة عدم وقوع الصلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم للأطراف وثيقة عدم وقوع الصلح الموقعة من قبله وحده فقط، على خلاف الأمر عند وقوع الصح، وفي هذه الحالة فإنه يمكن لأي من الطرفين اللجوء إلى قضاء الدولة أو قضاء التحكيم، من أجل النظر في النزاع الذي كان موضوع اتفاق الوساطة، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم إذ بصدور الحكم التحكيمي كيف ما كانت نتيجته لا يمكن لأي من الطرفين اللجوء مرة أخرى إلى المحكمة للنظر في النزاع الذي كان موضوع اتفاق التحكيم.

خلاصة:

نظرا للانتقادات التي أصبحت توجه إلى القضاء الرسمي في الدولة بكونه قضاء يتسم بطول المساطر والإجراءات و تعدد درجات التقاضي و تشعبها و كذلك الانتقادات

الموجهة حتى بالنسبة لمسطرة للتحكيم التي خرجت عن الهدف والغرض من تنظيمها وهو السرعة والتخصص لتسقط في براثين الشكلية، فإن التوجه الغالب في الميدان التجاري ولا سيما على المستوى الدولي أصبح يتوجه نحو تبني آلية الوساطة لاتصافها بالسرعة والمرونة و عدم الشكلية، غير أن التدخل التشريعي، كما هو الحال في المغرب، الرامي إلى تنظيم هذه الآلية يثير مجموعة من الملاحظات التي يمكن إجمالها في أن الوساطة تتجه نحو الشكلية وتغليب الطابع الاجرائي عليها، الأمر الذي يدفعنا إلى ضم صوتنا إلى صوت بعض الفقه الفرنسي (١) الذي يعيب هذا التدخل التشريعي لعلة أن الوساطة هي منتوج خاص بالأطراف المتنازعة وأن الوساطة تقوم على أساس شخص الأطراف وليس على وقائع النزاع، وذلك على الرغم من أن المشرع الفرنسي، على خلاف الأمر في المغرب، لم يخصص للوساطة في تنظيمه القانوني سوى 4 مواد (من 1532 إلى 1535 من قانون المسطرة المدنية).

(1) Jean -Philippe Tricoit :
« Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », revue de l'arbitrage, 2012- 1, p. 157- 198.

الوساطة الاتفاقية في ضوء القانون رقم .XI

95.17

من إعداد:

د. عبد السلام إدريسي

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي جامعة محمد الخامس الرباط

رئيس المحكمة الدولية للوساطة والتحكيم

تعتبر الوساطة عملية لحل النزاعات تسمح للأطراف المتنازعة بالعمل معا لإيجاد حل مقبول من قبل جميع الأطراف، بمساعدة طرف ثالث يسمى الوسيط، بعيدا عن إعلان الخصومة أو عرضها على القضاء. وقد أصبحت الوساطة، في مجال القانون المدني والتجاري والإداري والبنكي، شائعة بشكل متزايد في السنوات الأخيرة، على

اعتبار أنها وسيلة أسرع وأقل تكلفة وأقل توترا لحل الخلافات. ويشكل اللجوء إلى الوساطة بشكل عام ظاهرة تعبر عن تغير في المنهج والطريقة التي يدار بها النزاع، وبديلا عن الدخول في معارك قانونية طويلة زمنيا ومكلفة ماديا، وتنبني عملية الوساطة على فرضية أنه يمكن للأطراف المتنازعة تحسين علاقاتها والتعاون فيما بينها من اجل بناء حل قائم على التراضي والتوافق.

وقد اعترفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة اختصارا بالأونسيترال بما للوساطة من قيمة باعتبارها وسيلة للتسوية الودية للمنازعات التي تنشأ في

(1) «(- لقد أصبحت الوساطة من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات، وهي تعرف إقبالا متزايدا، بحيث أصبح التحكيم

بدوره لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد طريق الوساطة. وترجع فعالية الوساطة إلى أن هدفها ليس هو تحديد من يربح ومن

يخسر (الطرفان معا رابحان)، ولكن هدفها هو وضع حلول مبتكرة للنزاع بشكل لا يتوافر عند المحاكمة، فهي ترمي إلى

حل النزاع أو تجنبه كما أنها تساعد في إعادة بناء العلاقات والحفاظ على استمراريتها في المستقبل، كما أن من آثارها

الاجتماعية ترسيخ ثقافة الحوار والتعايش والبعد عن الخصومة». عبد المجيد أغميجة، نظام الوساطة لاتفاقية بالمغرب،

مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 4، السنة 2017، ص -119 120.

سياق العلاقات التجارية الدولية، وهو ما أدى إلى اعتمادها لقواعد الأونسيترال للتوفيق سنة 1980، التي تضمنت جملة من القواعد المسطرية الموحدة على المستوى الدولي لحل المنازعات التجارية بالوساطة١، ثم تلاها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، ثم عدل لاحقا بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لسنة 20182، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة المعروفة باسم «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة»؟.

وعلى المستوى الوطني، ووفقا للتوجيهات الملكية السامية التي صدرت في الخطاب الملكي بتاريخ 20 أغسطس 2009 بمناسبة الذكرى الـ 56 لثورة الملك والشعب، أكد جلالته على:

«ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة مثل الوساطة والتحكيم والصلح».

وأيضا في رسالته السامية الموجهة للمشاركين في الدورة الأولى لمؤتمر العدالة الذي انعقد في مراكش في الفترة من 2 إلى 4 فبراير 2018، إضافة إلى الرسالة التي وجهها للمشاركين في الدورة الثانية للمؤتمر المنعقد في مراكش في الفترة من 21 إلى 22 أكتوبر 2019،

حيث رسالة جلالته :

« «سبق أن أكدنا في خطابنا بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب لسنة 2009 على ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح ، وهي التوجيهات التي ضمناها رسالتنا لمؤتمركم هذا في دورته الأولى ، حيث دعونا فيها إلى مأسسة الوسائل البديلة لحل المنازعات «. وبمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثانية من الولاية التشريعية الحادية عشرة يوم الجمعة 14 أكتوبر 2022، حث جلالة الملك على ضرورة تفعيل اليات التحكيم والوساطة، حيث جاء في الخطاب

(1) - قواعد الأونسيترال للتوفيق (1980)، تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط: uncitral.un.org

بتاريخ 21 مارس 2023 (17:
30).

(2) - قانون الاونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك،

2004، تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط:
uncitral.un.org 18) 2023 بتاريخ 21 مارس:
00).

(3) - تم الاطلاع عليها على الموقع الرسمي للجنة على الرابط:
uncitral.un.org 18) 2023 بتاريخ 21 مارس:
15).

الملكي السامي:

» ولتقوية ثقة المستثمرين في بلادنا، كوجهة للاستثمار المنتج، ندعو لتعزيز قواعد المنافسة الشريفة، وتفعيل آليات التحكيم والوساطة، لحل النزاعات في هذا المجال.»

وفيما يخص التشريع الوطني، فقد تبنى المشرع المغربي مؤسسة الوساطة من خلال الفصول من -55 327 إلى -69 327 من المسطرة المدنية بمقتضى التعديل الذي شملها بموجب القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس، وتم نسخ هذه المقتضيات بموجب القانون رقم 95.17 مؤرخ في 23 رمضان 1443 (24 ماي 2022) المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية حيث تم تنظيم هذه المؤسسة بالمواد من 86 إلى 102.

وكان القانون رقم 08.05 الملغى يعرف اتفاق الوساطة من خلال الفصل - 56 327 بأنه «العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد»، وهو ذات التعريف الذي احتفظ به القانون رقم 95.17، ويعتبر هذا التعريف متوافقا مع التعريف الذي ساقته اتفاقية سنغافورة التي جاء فيها ان الوساطة هي «أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين («الموفق»)، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة. ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين».

تكمن أهمية موضوع الوساطة الاتفاقية في كون هذه الوسيلة تعتبر من أهم اليات العدالة المرنة المتجذرة في السلوك البشري، وباعتبارها مؤسسة قانونية واجتماعية مهمة

(1) الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894؛

(2) ج.ر عدد 7099 بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022) ص 3579.

من شأن تنظيمها وتفعيلها، تطوير أدائها في تسوية المنازعات أولا، والتخفيف على القضاء ثانيا، واختصار الزمن والكلفة القضائية وثالثا الحفاض على العلاقات الودية بين

الأطراف المتخاصمة.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي، من خلال إصداره للقانون رقم 95.17 يتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الاستجابة لمتطلبات المعاملات التي تمتاز بالسرعة والتطور الدائم، هذه الإشكالية ستتم مقاربتها من خلال إبراز شروط إنشاء عقد الوساطة (أولا) ثم المقتضيات التي تمنح لعقد الصلح الناتج عن عملية الوساطة قوة نفاذ (ثانيا).

أولا. شروط اتفاق الوساطة

يتخذ اتفاق الوساطة صورة العقد أو الشرط، ويقتضي إنشاء العقود بشكل عام، وعقد الوساطة أو شرط الوساطة بشكل خاص، ضرورة احترام شروط شكلية (أ) وأخرى موضوعية (ب).

1. الشروط الشكلية

حددت المادة 87 من القانون رقم 95.17 تعريفا لاتفاق الوساطة والذي من خلاله يستشف أن الأمر يتعلق بعقد، حيث جاء في هذه المادة أن « اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط، يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد»، ويعتبرهذا العقد من العقود الشكلية، على اعتبار أن المادة 89 من ذات القانون قد حدد الشكلية في الكتابة!، إلا أنها لم تحصرها في وسيلة معينة،

(1) وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 18 مارس 2008 في الملف عدد 1146/1/2008 ما

يلي:

«حيث لئن أجاز المشرع في الفصل -55 327 للأطراف الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي

النزاع فإن الفقرة 62 من نفس الفصل اشترطت تحرير شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه وأن

يتضمن إما تعيين الوسيط أو الوسطاء وإما التنصيص على طريقة تعيينهم.

وحيث أن الطالب لم يدل بعقد الوساطة ولا ما يفيد اتفاق الأطراف على عرض النزاع على وسيط معين أو اتفاقهم على

تعيين السيد(... (وسيطا إذ أن عقد الوساطة الذي يتم بمقتضاه تعيين الوسيط هي الوثيقة التي يستمد منها هذا الأخير

صلاحيته المتمثلة في تسهيل إبرام صلح لإنهاء النزاع مما يبقى معه الطلب مخالفا لمقتضيات الفصل 62- 327 من ق.م.م

ويتعين التصريح برفضه».

ذلك أن هذه المادة تسمح بأن يتم إفراغ إرادة الأطراف سواء في عقد رسمي أو عرفي أو في محضر يحرر أمام المحكمة المختصة التي يكون النزاع معروضا عليها أو أمام الوسيط المتفق عليه من الأطراف أو «أية وسيلة أخرى يتفق عليها الأطراف» وفق تعبير المادة. وعلى هذا الأساس فإن شكلية الكتابة هي شكلية انعقاد ويترتب على انتفاء هذا الشرط بطلان اتفاق الوساطة وفق ما نصت عليه المادة 89 و91 من القانون رقم 95.171. وغاية المشرع من إقرار إلزامية الكتابة تحصين وحماية الأطراف وتمكينهم من آلية ناجعة للإثبات في حالة النزاع .

وقد أخذ المشرع بالمفهوم المرن والواسع لشرط الكتابة، وذلك تماشيا من التطور التكنولوجي وعامل السرعة الذي يطبع المعاملات بشكل عام، وبشكل خاص المعاملات التجارية. وهكذا، يمكن أن يتحقق شرط الكتابة إذا كان قد تم في شكل اتفاق رسمي أو عرفي كما يمكن ان يتحقق بورود هذا الاتفاق في دعامات ورقية أو رقمية، حيث تتمثل الأولى في أية وثيقة موقعة من لدن الأطراف أو رسائل متبادلة أو برقيات أو المذكرات المتبادلة في المحاكم التي يدعي فيها أحد الأطراف أمام الوسيط وجود اتفاق وساطة دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك. وتتمثل الثانية في وسائل الاتصال المكتوبة من ضمنها الرسائل النصية، وتلك الموجهة عبر البريد الالكتروني معدة وفقا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود".

وكذلك يعتبر بمثابة اتفاق الوساطة المبرم كتابة، الإحالة الصريحة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرط وساطة، إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

(1) تنص المادة 91 من القانون رقم 95.17 على ما يلي:
» يجب، تحت طائلة البطلان، أن يجرر شرط الوساطة كتابة في

الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل على شرط اللجوء إلى الوساطة، وأن يشير صراحة إلى أن الأمر يتعلق بالوساطة الاتفاقية

الخاضعة لمقتضيات هذا القسم».

(2) كريم دحماني، الوساطة الاتفاقية لفض النزاعات التجارية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 5،

الطبعة

الأولى، 2011، صفحة 41.

(3) المادة 89 من القانون رقم 95.17.

وفي هذا الصدد فإن إبرام اتفاق الوساطة بالوسائل الالكترونية قد خصه المشرع بتنظيم خاص، وكرسه القضاء بما يتماشى مع متطلبات عولمة الاقتصاد، حيث جاء في قرار محكمة النقض عدد 1687 بتاريخ 26 دجنبر 2013 في الملف عدد 1628/5/2/2012 أن «التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وقبول التعبير عنه بوسيلة إلكترونية له أثر يلزم طرفي العقد، فمطالبة الأجير بالعمولة المحددة بالعقد الالكتروني دليل على قبوله ما دام العقد الالكتروني لا يعدو أن يكون عقدا عاديا لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي انعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة».

وفي ذات الاتجاه جاء في قرار محكمة النقض عدد 521 بتاريخ 9 ماي 2017 في الملف عدد 2390/5/1/2016 أنه « من المقرر أن الوسائل الالكترونية تعتبر وسيلة إثبات أمام القضاء ما لم يثبت عكسها. والمحكمة لما ردت تسجيلات الصوت والصورة المدلى بها من طرف المشغلة، واعتبرت أن الفصل الذي تعرضت له الأجيرة متسما بالتعسف تستحق عنه التعويض، بعلة أن الأجيرة أثبتت بواسطة محضر معاينة أنها رجعت إلى العمل ومنعت من طرف المشغلة، وأن التسجيل المتعلق بالموافقة على الرجوع إلى العمل شريطة الاعتذار، يعد امتناعا من إرجاع الأجيرة إلى العمل لكونه مقيد بشرط الاعتذار، وأن الإنذارات الموجهة إلى الأجيرة كانت بعد تاريخ منعها من الرجوع إلى العمل، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا».

إن اتفاق الوساطة يمنع الأطراف المتنازعة مؤقتا من ممارسة حقهم في اللجوء الى القضاء*، ونظرا لخطورة هذا الأثر المترتب عن هذا الاتفاق، جعل المشرع من شرط الكتابة شرطا أساسيا لوجوده، وفى نفس الوقت اعتمد مرونة كافية لتحقق هذا الشرط

(1) - ظهير شريف رقم 100- - 20 1 صادر في 16 من جمادى الأولى 1442 31) ديسمبر (2020 بتنفيذ القانون رقم -20 43

المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية.

(2) تنص المادة 93 من القانون 95.17 على أنه » يمنع على المحكمة المختصة النظر في نزاع كان موضوع اتفاق وساطة

الى حين انتهاء مسطرة الوساطة او بطلان اتفاق الوساطة، ويجب عليها التصريح بعدم قبول الدعوى إذا أثير الدفع امامها

بوجود اتفاق وساطة من أحد الأطراف، ما لم يكن الاتفاق باطلا.

... »

من خلال التوسع في اشكاله لتتناسب مع التوجه الذي حذته الاتفاقيات الدولية لاسيما اتفاقية سنغافورة المذكورة، كما ساير التوجه الذي تبناه القانون النموذجي اليونسترال، ومن شأن ذلك مسايرة تطور المعاملات لاسيما الالكترونية منها.

2. الشروط الموضوعية

يتخذ اتفاق الوساطة اما صورة الشرط أو العقدا، وإن كان شرط الوساطة يخضع، بالإضافة الى شرط الكتابة، الى الشروط الموضوعية العامة لإبرام العقود، من أهلية ورضى ومحل وسبب، فإن عقد الوساطة، وبالإضافة الى تحقق شرط الكتابة والشروط الموضوعية العامة، ألزم المشرع من خلال المادة 90 من القانون رقم 95.17 أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع وذلك تحت طائلة البطلان. ويترتب عن تحديد موضوع النزاع في عقد الوساطة، عقل سلطة الوسيط في حدود موضوع النزاع دون ان تتجاوز سلطته الى المواضيع الاخرى التي لم يتفق الأطراف على حلها عن طريق الوساطة، حتى ولو كانت هذه المواضيع مرتبطة بنفس العقد. ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على حل خلاف متعلق بتفسير بند من بنود العقد الذي يجمعهم عن طريق الوساطة، فحتى لو كان هناك خلاف متعلق بالتنفيذ أو بالفسخ أو الانهاء أو غيره مرتبط بنفس العقد فإنه يخرج عن سلطة الوسيط، إذ لا يمكن لهذا الأخير ان يبسط سلطته في إدارة الوساطة على أي من هذه المواضيع طالما ان إرادة الأطراف لم تعبر ولم تعلن عن رغبتها في ذلك.

ويمكن أن يكون موضوع عقد الوساطة عاما بأن يمنح صلاحية للوسيط بأن يتدخل في جميع النزاعات القائمة بين أطراف عقد الوساطة بغض النظر عن الترابط الذي يمكن أن يكون بينها، وفي هذه الحالة يتعين على أطراف النزاع حصر هذه المواضيع في عقد

(1) يمكن إبرام اتفاق الوساطة:

- بعد نشوء النزاع، ويسمى «عقد الوساطة »؛

- قبل نشوء النزاع بالتنصيص عليه في العقد الاصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد، ويسمى «شرط الوساطة» ؛

- أثناء مسطرة جارية أمام القضاء، وفي هذه الحالة يرفع تحت طائلة البطلان، من لدن الطرف الاكثر استعجالا، في

أجل ال يتعدى سبعة (7) أيام بعد إبرامه، إلى علم المحكمة المختصة التي تصرح بالإشهاد على اتفاق أطراف النزاع

على اللجوء إلى الوساطة.

الوساطة، وتنحصر سلطة الوسيط في المواضيع المتفق عليها دون سواها من المواضيع

الخلافية القائمة أو المحتمل قيامها.

ويشترط في موضوع النزاع أن يكون من المواضيع التي يجوز فيها الصلح، فوفقا

للفقرة الثانية من المادة87 من القانون رقم 95.17 يمكن للأشخاص، من ذوي الاهلية

الكاملة، سواء كانونا ذاتيين أو اعتباريين، أن يبرموا اتفاق وساطة في الحقوق التي يملكون

حرية التصرف فيها، مع التقيد بمقتضيات المادة 62 من قانون الالتزامات والعقودة،

والمسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح، ولا يجوز ابرام عقد الوساطة الا مع مراعاة

التحفظات او الشروط او الحدود المقررة لصحة الصلح بموجب الفصول من 1099 الى

1104 من القانون المذكور.

وينص الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود على أن «الالتزام الذي لا سبب له

أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان

مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون».

وتعتبر من المواضيع المستثناة من نطاق تطبيق الصلح ما نصت عليه المواد من

1100 الى 1102 من قانون الالتزامات والعقود، وهي المواضيع المتعلقة بالحالة الشخصية3

أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، ولكن يسوغ

الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على

المنافع التي تنشأ من الجريمة، كما لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم. غير أنه يجوز الصلح على الأموال او الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة إلى الطرفين. كما لا يجوز الصلح في حق النفقة باستثناء طريقة أدائه او

(1) نفس هذا المقتضى كانت تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 56 - 327 من قانون المسطرة المدنية.

(2) الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

(3) ملف رقم:

71801 - قرآر المجلس الاعلى بتاريخ:

21/05/1991.» قضية:

(ح، ص) ضد (د. ب) . عودة الولد

المكفول - لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية - سماع رأي الولد المميز - إجراء جوهري يجب احترامه قبل الحكم - المادة 461 من القانون المدني , والمادة 124 من قانون الأسرة «

أداء اقساطه التي استحقت فعلا.

وإذا كان شرط تحديد موضوع عقد الوساطة من الشروط الأساسية لقيام هذا الأخير، فإن الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون رقم 95.17 تثير التساؤل حول ما إذا كانت تسمية الوسيط من شروط قيام عقد الوساطة، حيث نصص المشرع من خلالها على أنه «إذا رفض الوسيط المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، جاز للأطراف الاتفاق على وسيط آخر، وإلا اعتبر العقد لا غيا.» وتعتبر هذه الصياغة اقل وضوحا مما كانت عليه في نص الفصل -60 327 من القانون المسطرة المدنية المعدل بموجب القانون 05.08 الملغى،" والتي كانت تنص بشكل صريح على شرط تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه كشرط من الشروط الموضوعية الخاصة لقيام عقد الوساطة.

لقد رتب المشرع على رفض الوسيط المهمة المسندة اليه بموجب عقد الوساطة اعتبار هذا العقد لاغيا، ولعله راعى في ذلك حماية إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار وسيط معين بذاته لاعتبارات قد تكون شخصية مرتبطة بالسمعة أو الكفاءة أو النزاهة او لمركز الوسيط الاجتماعي او صفته، ومن شأن رفض الوسيط لهذه المهمة ان يؤثر في وجود عقد الوساطة.

وإن كان هذا التوجه الذي سلكه المشرع قد راعى احترام إرادة الأطراف في التركيز

على شخص الوسيط إلا إنه، في نظرنا، لا يرقى الى الدفع بتكريس مؤسسة الوساطة كألية

لفض المنازعات، فإرادة الأطراف اختارت حل منازعاتها عن طريق الية الوساطة، وبالتالي

كان ينبغي التركيز على المؤسسة في حد ذاتها من اجل تكريسها وتفعيلها وتطوير أدائها

في حل المنازعات بين الأشخاص داخل المجتمع.

(1) ينص الفصل 60 - 327 من القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون

المسطرة المدنية.» يجب أن يتضمن عقد الوساطة تحت طائلة البطلان:

-1 تحديد موضوع النزاع؛

2- تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه.»

كما نرى أنه كان على المشرع اعتبار رفض او وفاة او فقدان أهلية الوسيط بمثابة

صعوبة يمكن تجاوزها بعرضها على رئيس المحكمة المختصة في إطار اختصاصه

الولائي، شرط أن يلتزم هذا الأخير باختيار وسيط يستجيب للشروط التي حددها أطراف

عقد الوساطة، وبذلك نعتبر ان اللجوء الى الوساطة هو اختيار لمؤسسة قانونية لفض

المنازعات لما تتمتع به من مزايا كالسرية والمرونة والسرعة وليس العكس.

إن المشرع من خلال المادة 90 من القانون 95.17 لم ينص بشكل صريح على شرط

تعيين الوسيط او تحديد طريقة تعيينه في عقد الوساطة، وبذلك يكون لأطراف النزاع

الحرية في تعيينه اما في عقد الوساطة او في ملحق له او في اتفاق مستقل، ولا يمكن،

استنادا إلى المادة 90 من القانون المذكور، اعتبار هذا الشرط ركنا من الأركان الموضوعية

الخاصة لعقد الوساطة. وحتى لو سلمنا بهذه النتيجة، فإن المشرع من خلال المادة 90

رتب على رفض الوسيط للمهمة الموكولة له من أطراف عقد الوساطة، وفي ظل رفضهم

الاتفاق على تعيين شخص اخر لتولى مهمة الوسيط، جزاء قانونيا خطيرا متمثل في الغاء

عقد الوساطة.

ثانيا. حجية مقرر الوساطة

يخضع صدور مقرر الوساطة من لدن الوسيط المعين بمقتضى اتفاق الوساطة

لمجموعة من المقتضيات التي تسعى إلى توفير الحماية لأطراف اتفاق الوساطة (أ) والتي تكفل لعقد الصلح الناتج عن الوساطة قوة النفاذ (ب) وتشجع بذلك على صناعة حل بديل عن الحكم القضائي.

1. مسطرة الوساطة وبلورة الحل

تسمح عملية الوساطة للأطراف بالاتفاق على حلول يصعب تحقيقها من خلال

اتباع المسلك القضائي العادي، وحتى في مسطرة التحكيم، ويمكن أن يكون الحل الذي تفضله الأطراف في النزاع الذي نشأ بينهم أو من الممكن أن ينشأ رهين باتباع مسطرة الوساطة، وفي المقابل من ذلك، فإنه قد يكون من الصعب في الكثير من الأحيان أن يتم تأسيس ادعاء على أساس قانوني يسمح باللجوء إلى القضاء!، لهذا فنجاح المراحل اللاحقة مرتبط بمرحلة بلورة الحل الذي يؤسس لعقد الصلح ، وبما يبديه الأطراف من استعداد في الدخول في هذه الإجراءات بحسن نية، وتوافقهم على خطة عمل مشتركة بينهم والتي ستؤطر المراحل اللاحقة بدءا بالدخول الفعلي في المفاوضات؟.

إن رغبة أطراف النزاع تكمن في إيجاد حل عادل، والعدالة كقيمة ليس بالضرورة أن تتحقق من خلال سلوك الدعوى القضائية او التحكيمية، فالعدالة مفهوم نسبي لا يعني دائما تحقيق التوازن المطلق بين الحق والالتزام. وقد تشكل العدالة المرنة الرضائية أو التصالحية ارقى القيم الإنسانية، لما لها من وقع على نفسية اطراف النزاع، خاصة وان هذه العدالة يتم صناعتها بإرادتهم بتوجيه او بمساعدة الوسيط".

ويؤدي الوسيط دورا هاما في إنجاح عملية الوساطة وبلورة الحل، ويلتزم في ذلك باحترام المدة التي حددها اطراف النزاع في عقد الوساطة، حيث يمارس الوسيط مهمته ضمن الحيز الزمني المحدد لعملية الوساطة والذي لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مهمته، وهذه المدة يمكن تمديدها باتفاق يبرم وفق نفس الشروط بين الأطراف ودون أن يتجاوز مجموع مدد التمديد ثلاثة أشهر اضافية». ويقبل

de publication ADR, et l'arbitrage de commission médiation, la sur d'orientation Note - (1) commission de l'arbi-

trage et ADR, mars 2018, p 5.

(2) - Jacqueline Lavorel :

Les modes de solution pacifique des conflits collectifs de Travail en droit positifs année 1961 p146.

(3) يمكن ان يعهد بالوساطة الى شخص ذاتي او شخص اعتباري على العكس من التحكيم الذي لا يمكن ان يعهد به

الا للأشخاص الذاتيين المادة 97 من القانون 95.17.

(4) المادة 94 من القانون رقم 95.17.

الوسيط مهمته بتبليغه للأطراف بذلك بكل الوسائل المتاحة! بما في ذلك وسائل التبليغ الرقمية، وبذلك يمكن للوسيط أن يخبر الأطراف بقبوله للمهمة الموكولة اليه برسالة هاتفية او اميل او تلفكس أواي وسيلة أخرى يتحقق بها التبليغ.

وهذا التوجه الذي سلكه المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 97 من القانون 95.17 يعتبر جد متقدم بالمقارنة مع التوجه الذي سلكه من خلال الفقرة 2 من الفصل 327-67 من قانون المسطرة المدنية الملغى الذي نص على أنه «يجب على الوسيط، فور قبوله المهمة المسندة إليه، أن يخبر بذلك الأطراف في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي». هذا الأخير الذي كان لا يساير السرعة التي تطبع المعاملات في عصرنا الحالي لا سيما المرتبط منها بالمعاملات التجارية الرقمية.

ولا يعتبر اتفاق مستند مهمة الوساطة قائما بين الوسيط واطراف عقد الوساطة الا اذا حدد الوسيط في رسالة قبول المهمة مبلغ اتعاب مهمته او طريقة تحديده، وكيفية أدائه، أو تم الاتفاق على ذلك كتابة.2

ولا يجوز للوسيط التخلي عن مهمته بعد قبولها بالشكل الصحيح قانونا، ماعدا إذا تم اعفاؤه من أطراف النزاع أو إذا انصرم اجال الوساطة دون التوصل الى ابرام صلح، أو بأمر من المحكمة المختصة الحالة المنصوص عليها في المادة 93 من القانون 95.17 وهي حالة بطلان اتفاق الوساطة.

ويمكن ان يرتب قرار تخلي الوسيط عن مهامه، دون الاستناد الى سبب من الأسباب المحددة سالف، ضرار بمصالح الأطراف المتنازعة، وبذلك يحق لهم اثارة المسؤولية المدنية

العقدية للوسيط، طالما ان التزام الوسيط ينظمه عقد مستند المهمة الذي يربطه بأطراف النزاع.

(1) المادة 97 من نفس القانون

(2) الفقرة الثالثة من المادة 97 من نفس القانون.

وقد يتخلى الوسيط عن مهمة الوساطة دون اثارة مسؤوليته عن ذلك في حالة نقصان او فقدان أهليته، وفي حالة تصريحه بوقائع من شأنها التأثير على حياده او استقلاليته او تجرده، دون ان يقبل أطراف النزاع بذلك.

ويلتزم الوسيط بالاستقلالية والحياد والنزاهة والتجرد عند قيامهم بمهام الوساطة، ويتعين عليه عند تعيينه، في حال علمه بوجود أي ظرف او ما يمكن أن يمس بتجرده واستقلاليته وحياده، أن يشعر الأطراف بذلك، وفي هذه الحالة يتوقف جواز مهمته على موافقة أطراف عقد الوساطة.

ويساعد الوسيط الأطراف على صناعة الحل، من خلال الاعتماد على العديد من التقنيات التي تساعده على إدارة النزاع، وهكذا يمكن للوسيط أن يستمع إلى الأطراف، وأن يسعى إلى تقريب وجهات نظرهم من أجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم. ويمكنه كذلك، بعد موافقة الأطراف، ولما تستلزمه الوساطة، الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك إذا استدعى الأمر ذلك. كما يجوز له، بعد موافقة الأطراف، الاستعانة بكل خبرة من شأنها تسهيل دوره في الوساطة !. ويمكن للأطراف الاتفاق على الكيفية التي تدار بها جلسات الوساطة كما يمكن أن تسند هذه المهمة الى الوسيط حسب طبيعة وحجم النزاع القائم بين أطراف اتفاق الوساطة.

يعتبر دور الوسيط في تسوية النزاعات أمرا حساسا ومهما، ويتطلب الكثير من الخبرة والمهارات الضرورية لتحقيق نتائج إيجابية. لذلك، يجب عليه اتخاذ بعض الإجراءات اللازمة لتسهيل عملية التسوية وتحقيق النجاح، ومن بين الإجراءات الهامة التي يمكنه اتباعها، تقويم الوضعية من خلال الاستماع لأطراف النزاع وفهم مقتضياته والاسباب التى أدت إلى وقوعه؛

(1) المادة 98 من نفس القانون

والعمل على توضيح الأمور الغامضة بينهم والبحث عن المصالح المشتركة بينهم ومحاولة التوصل إلى حلول تلائم اطراف النزاع١؛

كما يمكن للوسيط عقد اجتماعات مع كل طرف على حدا لمعرفة اقتراحاته والأسانيد التي يستند إليها، وكذلك عقد اجتماعات جماعية بين الطرفين للاستماع إليهم وتلخيص أقوالهم؛

ويمكن للوسيط كذلك تقديم بعض المقترحات والحلول التي يرى أنها قد تقلص الهوة بين الأطراف المتنازعة، وذلك بعد تقييم الوضعية وفهم المشكلة، ولأجل ذلك يجب على الوسيط وضع الخلفية الثقافية للأطراف واختصاصاتهم ومصالحهم في الاعتبار بما يتيح له التبصر الكافي لفهم وطرح الأسلوب الأمثل لتسوية الخلاف؟.

ويقوم الوسيط عند انتهاء مهمته بتحرير مشروع صلح في شكل وثيقة تتضمن وقائع النزاع وكيفية حلهواتفاق الأطراف والحلول التي تم التوصل إليها كحل للنزاع المعروض، ويعرضه على اطراف النزاع.

ويقوم في هذا الصدد بما يلي":

- تلخيص النقاش والتركيز على نقط الالتقاء؛
- استكشاف مصالح الأطراف؛
- العمل على تجاوز المواقف إلى المصالح المشتركة؛

(1) - Maurice Mouthier :

Guide juridique et pratique :

de la Conciliation et de la médiation. Edition de vecchi,

2023, P107.

(2) محمد أوراغ:

« البدائل الموازية لقضاء الدولة في دعم قانون الأعمال «، المجلة المغربية للتحكيم التجاري عدد 2،

2003.

(3) المادة 99 من القانون رقم 95.17.

(4) بنسالم أوديجا، الوساطة كوسيلة من الرسائل البديلة لفض المنازعات، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى

2009،

ص 111.

- تحفيز الأطراف على اقتراح بعض الآراء والمقترحات التي يرى أنها مكرسة لمصالحهم المشتركة.

إن مهمة الوسيط تدور بين النجاح والفشل، فإذ توفق في التوفيق بين أطراف النزاع، يعرض عليهم مشروع عقد الصلح لتوقيعه، وفي هذه الحالة يوقع الوسيط مع الأطراف وثيقة الصلح ويسلمها لهم. ولم يحدد المشرع عدد نسخ عقد الصلح التي ينبغي تحريرها وتوقيعها من جميع الأطراف، وبذلك ترك لهم الحرية في توقيع نسخة واحدة او عدة نسخ توازي عدد الأطراف الموقعة على عقد الصلح، وتسلم لكل طرف نسخة للادلاء بها عند الحاجة.

وفي حالت فشل الوساطة وعدم وقع صلح، لأي سبب من الأسباب، يلتزم الوسيط بتسليم أطراف النزاع وثيقة عدم وقوع الصلح موقعة من طرفه. ولم يحدد المشرع المغربي شكل هذه الوثيقة هل هي قرار ام تصريح ام اشهاد، غير أننا نعتقد أن الصيغة الأقرب هي القرار الذي من خلاله أن يجسد الوسيط قناعته في فشل الوساطة.

كما يلاحظ أن المشرع لم يلزم الوسيط بتبرير قرار فشل الوساطة، وإن شكل ذلك مسألة إيجابية حفضا لأسرار أطراف النزاع ومصالحهم في اللجوء الى طرق أخرى لتسوية منازعاتهم، فإن مقرر الوسيط في رأيي يمكن أن يحدد مدى مساهمة وانخراط الأطراف بحسن نية في الالتزام بإنجاح مهمة الوسيط.

2. قوة عقد الصلح

تتوج عملية الوساطة الاتفاقية في حالة نجاح مهمة الوسيط بعقد صلح ينهي النزاع بين أطراف عقد الوساطة، ويتمتع عقد الصلح بمجموعة من الخصائص أهمها:

1. الصلح عقد رضائي:
لا يشترط في تكوينه شكل خاص، إذ يكفي تحقق

الشروط الموضوعية العامة للعقد لانعقاده. غير أنه إذا شمل عقد الصلح على إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رهنا رسميا، وجب إبرامها كتابة ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع.

2. الصلح عقد ملزم للجانبين:
إذ أن كلا من الطرفين يلتزم بالتنازل للآخر عن جزء

من ادعائه فيحسم النزاع، ويبقى الجزء الذي لم يتم التنازل عنه ملزما للطرف الآخر.

3. الصلح عقد معاوضة:
إذ أن كل واحد من الطرفين يتنازل عن جزء من ادعائه

للطرف الآخر بمقابل وليس بشكل تبرعي.

4. الصلح عقد محدد أو احتمالي:
الصلح قد يكون عقدا محددا، كما هو

الغالب، فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطي المدين للدائن مبلغا أقل على سبيل الصلح، فهنا قد عرف كل منهما مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى، فالعقد هنا محدد، أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيرادا مدى الحياة في مقابل حصته في الميراث المتنازع فيه، فالعقد هنا احتمالي.

5. الصلح عقد فوري:
إن عقد الصلح هو عقد فوري لا زمني، حيث إن الزمن

ليس عنصرا جوهريا فيه حتى ولو كان تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه مؤجلا إلى أجل معلوم، لأن الأجل لا دخل له في تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد

6. الصلح عقد مسمى:
وذلك لأن عقد الصلح أفرد له المشرع أحكام خاصة

تنظمه وتحكمه، والمتمثلة في الفصول من 1098 إلى 1116 من ق ل ع م.

بالإضافة الى ميزات عقد الصلح، فإن لجوء الأشخاص إلى الوساطة من اجل تسوية نزاعاتهم رهين بمدى قوة هذا العقد في الفصل النهائي في النزاع. وإذا كانت الاحكام التحكيمية والقضائية تتمتع بالحجية، فإن المشرع متع عقد الصلح الناتج عن مسطرة الوساطة الاتفاقية بقوة الشيء المقضي به اذا تم احترام المقتضيات القانونية الخاصة به، وذلك باعتباره درجة أقوى من الحكم القضائي أو التحكيمي المنهي للخصومة، ولكي يتمتع بهذه القوة لا بد أن يحترم اتفاق الصلح الشروط التي حددها المشرع، حيث نصت الفقرة الرابعة من الفصل 99 من القانون رقم 95.17 أنه « يخضع الصلح الذي توصل إليه الأطراف من حيث صحته وآثاره لمقتضيات القسم التاسع من الكتاب الثاني من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331(12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، مع مراعاة مقتضيات المادة 100 بعده». ويتعلق هذ القسم من قانون الالتزامات والعقود بالفصول الخاصة بالصلح والتي تمتد من الفصل 1098 إلى الفصل 1116.

وقد رتب المشرع عن عقد الصلح المبرم صحيحا شكلا وموضوعا تمتعه بقوة الشيء المقضي بها وفق ما نصت عليه المادة 100 من القانون رقم 95.17 التي جاء فيها أنه «يكتسي الصلح بين الأطراف قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة المختصة محليا للبت في موضوع النزاع داخل أجل سبعة (7) أيام» وهو ما يتوافق مع صيغة نص الفصل -69 327 من قانون المسطرة المدنية الملغى».

والاصل في تنفيذ اتفاق الصلح الناتج عن عملية الوساطة الاتفاقية هو الرضائية والطواعية، مادام أن اطراف النزاع ساهموا في صناعة الحل وارتضوه لحل خلافتهم، وفي

(1) ذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 392 الصادر بتاريخ 02 دجنبر"2015 في الملف التجاري عدد 357/3/2013 فى

تحديد شروط واثار قوة الشيء المقضي به فيما يلي:

«لما كانت قوة الشيء المقضي به لا تثبت الالمتطوق الحكم ولا تقوع الا بالنسبة لما جاء فيه أوما

يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له، فإن المحكمة عندما ايدت الحكم الابتدائي القاضي برض الطلب بعلة أن الدين المطلوب

في الدعوى الحالية هو نفسه الذي سبق الفصل فيه قضائيا بمقتضى احكام اكتسبت قرا الشيء المقضي به، يكون تعطيلها تعليلا سليما.))

(2) نص الفصل 69- 327 من قانون المسطرة المدنية على أنه «يكتسي الصلح فيما بين الأطراف قوة الشيء المقضي

به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية. لهذه الغاية، فإن رئيس المحكمة المختصة محليا في موضوع النزاع هو المختص

بإعطاء الصيغة التنفيذية».

غالب الأحيان يتم تنفيذ مقتضيات عقد الصلح رضائيا، غير أنه في بعض الحالات قد يختار أحد الأطراف او جميعهم عدم تنفيذ الالتزامات التي يرتبها اتفاق الصلح في ذمتهم، وفي هذه الحالة يعتبر تذييل عقد الصلح بالصيغة التنفيذية الحل الأوحد لتنفيذه، ويعود الاختصاص في هذه الحالة الى رئيس المحكمة المختصة مكانيا، والذي يمكنه تذييل العقد بالصيغة التنفيذية بعد التثبت من كونه غير مشوب بالبطلان وغير مخالف للنظام العام، ودون أن تكون له السلطة في بسط رقابته على الموضوع الذي تم الفصل فيه.

إن عقد الصلح المبرم في إطار الوساطة الاتفاقية يحوز قوة الشيء المقضي به بين اطراف النزاع الموقعين عليه، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للقضاء ولا التحكيم في اطار دعوى بين نفس اطراف عقد الصلح وفي نفس الموضوع ولنفس الأسباب ان يبسط سلطته من جديد على موضوع النزاع، وأنه يمكن لأطراف هذا العقد التمسك بكافة ما أثبته من حقوق كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية النهائية !.

فمن المقرر فقها انه متى صدر الحكم وحاز قوة الأمر المقضي فإنه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى.

وقياسا على ذلك، فمتى ابرم عقد الصلح الناتج عن مسطرة الوساطة على الوجه الصحيح المطلوب قانونا، فإنه يحوز قوة الشيء المقضي به، ويمنع بذلك على أطراف النزاع الموقعة عليه العودة من جديد الى مناقشة نفس المسألة التي فصل فيها عقد الصلح بأي دعوى تالية يثار فيها النزاع كلا أو جزءا، ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها في الدعوى.

(1) ينص الفصل 450 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:
(«القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع

معينة كما يلي :

.... (3) الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي». كما ينص الفصل 451 من ذات القانون على

ما يلي :

» قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية

ومباشرة له. ويلزم:

(1) أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

(2) أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

(3)

أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة. ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافا

في الدعوى ورثتهم وخلفاؤهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ».

والملاحظ في هذا الإطار أن المشرع، وبالرغم من انفتاحه وتمسكه بالمرونة عند ابرام اتفاق الوساطة حيث مكن من ابرامه بالاعتماد على الطرق الرقمية، والتوجه الذي سلكه في تنظيم احكام التحكيم التي أتاح إمكانية صدورها في شكل دعامة الكترونية من خلال المادة 51 من القانون 95.17، فإنه على العكس من ذلك، لم يساير التطور التكنولوجي وسرعة تبادل المعلومات الرقمية وخصوصيات المعاملات الالكترونية عندما نصص على تحرير قرار الوسيط أو عقد الصلح في شكل وثيقة. وهذا الامر يستدعي في نظرنا تدخل المشرع باعتماد صيغ منفتحة على التطور الرقمي الذي تعرفه المعاملات على الصعيد الدولي والوطني.

خاتمة

الوساطة هي وسيلة فعالة لحل النزاعات المدنية والتجارية والإدارية. فهي تتيح للأطراف المعنية العمل معا لإيجاد حل مقبول بشكل متبادل لخلافاتهم، بدلا من الانخراط في إجراءات مكلفة ماديا وزمنيا. بالإضافة إلى ذلك، توفر الوساطة السرية التي يمكن أن تكون مهمة للغاية للأطراف الراغبة في تجنب العرض العام لخلافاتهم.

وإن كان المشرع قد أوجد الأرضية القانونية التي تساعد في ترسيخ هته الالية، إلا أن غياب سياسة عمومية واضحة المعالم لتفعيل هذه الالية على ارض الواقع لن يساعد في التوعية بأهمية الوساطة كخيار لحل النزاعات. ويمكن في الصدد لمؤسسات الدولة على

وجه الخصوص أن تؤدي دورا مهما في تفعيل هته الالية، من خلال الانفتاح عليها بتسوية منازعاتها عن طريقها وتشجيع استخدامها عبر حملات إعلانية وبرامج تدريب وتوعية، وتوفير وتعبئة الموارد لمساعدة مراكز الوساطة لتقديم خدمات الوساطة برسوم رمزية.

كما أن من شان مساعدة المؤسسات الاقتصادية الصغرى والمتوسطة للوصول الى اليات العدالة البديلة بأقل تكلفة، تمكينهم من الأداء الجيد والحد من العدد المهول من الدعاوى التي تعرض على القضاء والتي في بعض الأحيان تكون قيمتها اقل بكثير من المال العام الذي يصرف عليها، والجهد الذي يتم تخصصه لفضها.

XII. Vers une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre investisseurs et Etats

RHOMIJA Hajar
Chef de Service de la Gestion et de la Prévention du Contentieux Arbitral et d'Investissement

Résumé

Cet article vise principalement à analyser la question du renforcement du rôle de la règle du Précédent dans la formulation des sentences rendues par les tribunaux arbitraux en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats résolus dans le cadre du CIRDI, et d'en apprécier la cohérence et la constance.

C'est pourquoi, il sera question d'explorer la genèse de la notion du « Précédent » et de se consacrer, ensuite, à la détermination des raisons sous- jacentes qui justifient

l'émergence d'une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats.

Après avoir démontré que le Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats devient de plus en plus contraignant connaissant ainsi un jaillissement progressif de règles jurisprudentielles, il sera envisagé de traiter la

constance et la cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE. Aussi serait-il nécessaire d'illustrer notre approche en ayant recours à une batterie de cas de figure dans lesquels un manque de constance dans la prise de décisions est survenu dans la pratique.

Dans la perspective de remédier à ce manque d'incohérence, il serait question de formuler des suggestions et des recommandations en mesure de pallier aux interprétations invasives du Tribunal Arbitral, notamment en matière de révision de la rédaction des TBI.

Cet article serait, in fine, l'occasion de se pencher brièvement sur quelques axes d'amélioration pour une réforme structurelle du régime de règlement des différends entre investisseurs et États garantissant une meilleure fiabilité de ce système.

Mots-clés :

Arbitrage international, Droit d'investissement, Traités bilatéraux d'investissement, jurisprudence.

Abstract

This article aims primarily at analysing the question of strengthening the role of the Precedent rule in the formulation of awards rendered by arbitral tribunals in the matter of settlement of disputes between Investors and States resolved under the ICSID, and to appreciate its consistency and constancy.

This is why it will be a question of exploring the genesis of the notion of the "Precedent" and then focusing on determining the underlying reasons that justify the emergence of a doctrine of the Precedent in the matter of settlement of disputes between Investors and States.

Having demonstrated that the Precedent in the matter of settlement of disputes between Investors and States is becoming more and more binding as a result of a gradual explosion of jurisprudential rules. Consideration will be given to addressing the consistency and consistency of ISDS arbitral decisions.

It would therefore be necessary to illustrate our approach by using a series of scenarios in which a lack of consistency in decision- making has occurred in practice.

In order to remedy this lack of inconsistency, it would be necessary to formulate suggestions and recommendations capable of overcoming the invasive interpretations of the Arbitral Tribunal, in particular as regards the revision of the drafting of BITs.

In conclusion, a few areas for improvement for structural reform of the investor-state dispute settlement system to ensure greater reliability will be discussed.

Key- words:
International arbitration, Investment law, Bilateral investment treaties, jurisprudence.

Introduction générale

Dans le cadre de la consécration des garanties juridiques, judiciaires et extra-judiciaires offertes aux investisseurs et la protection de leurs investissements, Sa Majesté le Roi, que Dieu l'Assiste, a réitéré, lors de l'ouverture de la première session de la deuxième année législative de la 11ème législature, la nécessité de la mise

en œuvre effective des modes alternatifs de règlement des litiges, une question qu'il lie au développement de l'investissement au Maroc:

"Afin de renforcer la confiance de ceux qui veulent opérer des investissements productifs dans notre pays, Nous appelons à la consolidation des règles de la concurrence loyale, à la mise en œuvre effective des mécanismes de médiation et d'arbitrage pour le règlement des litiges."

En effet, l'entrée en vigueur, en juin dernier, du Code de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle, vient imprégner l'évocation de l'arbitrage et la médiation conventionnelle dans ce discours Royal. Ce nouveau code permet la réhabilitation de l'arbitrage et s'inscrit dans le cadre d'une politique d'ouverture du Maroc dans ses relations économiques, au regard notamment des ALE et des Accords de Promotion et de Protection des Investissements (APPI) mis en place et de la promotion du Maroc comme place internationale de l'arbitrage.

En 2009 déjà, le Souverain soulignait « l'importance de développer » les mêmes

mécanismes. Des directives réitérées dix ans plus tard à l'occasion de la Conférence Internationale de la Justice, tenue en 2019 à Marrakech.

Ces considérations sont de nature à encourager les investisseurs à choisir le Maroc pour y investir davantage et à choisir sa législation et ses instances arbitrales, en cas de besoin, en se sentant rassurés. Ainsi, encourager l'arbitrage et en réhabiliter la pratique est un vecteur essentiel pour le développement de ce mode de règlement des litiges.

A ce titre, il convient de noter que le Royaume du Maroc a récemment connu un accroissement constant du nombre d'affaires arbitrales devant le CIRDI ainsi que

l'aggravation de leur enjeu financier et ce, principalement en raison de plusieurs facteurs, notamment l'ouverture du Maroc à son environnement d'investissement ainsi que son attractivité qui favorise l'investissement étranger.

De même, le Maroc demeure une puissance régionale qui jouit de la stabilité politique et d'un potentiel de croissance important ce qui se traduit notamment, par la signature et la ratification de nombreux traités bilatéraux d'investissement ayant pour objet la promotion et la protection des investissements étrangers dont le nombre a atteint 75 conventions internationales comprenant des clauses compromissoires par lesquelles les parties conviennent de soumettre tout litige, déjà né ou éventuel, au mécanisme d'arbitrage.

Ainsi le RDIE, prévu par la plupart des traités bilatéraux d'investissement et de plus en plus d'accords de commerce bilatéraux ou régionaux, constitue une voie de recours

privilégiée devant un tribunal d'arbitrage pour un investisseur étranger lorsqu'il estime que l'État d'accueil ne respecte pas les dispositions du traité en question, en particulier les clauses de protection des investissements et/ou investisseurs.

Objet d'inquiétude, ce mécanisme a pour objet de permettre à un investisseur étranger d'attraire un Etat devant une instance internationale, en pratique un tribunal arbitral, à qui il appartiendra de juger si ce dernier a violé ou non ses obligations internationales en matière de protection des investissements - si tel est le cas, les compensations peuvent atteindre des montants très élevés.

Toutefois, la pratique arbitrale remet en question l'efficacité, la prévisibilité et la crédibilité de ce régime, compte tenu de la réévaluation constante de la jurisprudence des instances arbitrales internationales, ce qui impacte négativement sa cohérence et entache la sécurité judiciaire et arbitral.

C'est pourquoi, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) mène un processus de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États garantissant une meilleure fiabilité de ce système et une meilleure sécurité arbitrale.

De même, le CIRDI a mené un processus d'amendement des règlements régissant les procédures entre investisseurs et États. En date du 21 mars 2022, les États membres de la Convention de Washington de 1965, dont le Royaume du Maroc, a approuvé, avec une seule réserve, un jeu complet d'amendements portant sur les règlements emblématiques du CIRDI en vue de la résolution de différends entre les investisseurs étrangers et les États qui les accueillent.

En contrepartie, les systèmes juridiques nationaux, dont la jurisprudence constitue le point de départ du raisonnement des juges, se basent étroitement dans la formulation de leurs décisions sur les Précédents à des fins de sécurité juridique et en vue de maitriser les risques liés à la contestation de leurs jugements devant des instances supérieures. Cette pratique se traduit par la règle du « stare- decisis »[1] dans la Common Law, et par le concept de « jurisprudence constante » dans le droit germano- romanique.

Malgré le fait que la règle du « stare- decisis » a été exclue depuis 1922 en droit international[2], les institutions arbitrales et les tribunaux d'arbitrage continuent à se référer à leurs décisions antérieures, notamment dans le cadre du régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE)[3].

Néanmoins, ces instances arbitrales internationales sont constamment amenées à réévaluer leur jurisprudence par diverses méthodes afin de prendre en considération les évolutions du droit international, des relations interétatiques, du commerce

international et de l'investissement, ce qui pourrait, en revanche, avoir un effet

common de pays les dans particulièrement s'appliquant droit de règle une est decisis Stare (1) law. Cette doctrine

principes les que et jurisprudence font supérieures juridictions des arrêts les que veut généraux du droit dégagés par

juridictions les toutes pour obligatoires prétoriennes règles des sont jurisprudence cette inférieures.

la Sous Arbitrators', and Judges International by Precedent of Use 'The Guillaume, Gilbert (2) direction de Thomas

2 Vol. 2011, Press University (Oxford Settlement, Dispute International of Journal Schultz, page nº 1) p. 5 - 23

plus en plus de et d'investissement bilatéraux traités des plupart la par prévu RDIE, Le (3) d'accords de commerce

tribunal un devant privilégiée recours de voie une constitue régionaux, ou bilatéraux d'arbitrage pour un investisseur

en traité du dispositions les pas respecte ne d'accueil l'État que estime lorsqu'il étranger question, en particulier les

clauses de protection des investissements et/ou investisseurs.

tribunal, le lequel dans 59) l'art à 2005 mai 24 du arbitrale sentence la exemple par Voir (4) interprétant la décision

d'activités développement le que précisé a Gab-ikovo-Nagymaros, l'affaire dans Cour la de présente un risque de

du ou prévenir, de obligation une avoir y doit il l'environnement, pour important préjudice moins d'atténuer cette

pollution' (voir Virginie Barral, 'La sentence du Rhin de fer' (2006) 110 RGDIP 647).

négatif sur l'efficacité, la prévisibilité et la crédibilité de ce régime.

Dans ce contexte, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial

international (CNUDCI)' a conclu dans le cadre des travaux du Groupe de travail III (Réforme du RDIE), que le manque de constance et de cohérence des sentences arbitrales étaient l'une des raisons pour lesquelles la Commission en question avait décidé d'entamer des travaux sur une éventuelle réforme de ce régime, reconnaissant ainsi qu'il importait de veiller à la cohérence et à la constance de ce dernier2.

Importance de cet article :

Il est bien établi qu'il n'existe aucune règle de précédent en matière d'arbitrage d'investissement et que les arbitres ne sont pas liés par les décisions précédemment rendues. Néanmoins, la pratique arbitrale en matière d'investissements a prouvé que les décisions antérieures sont souvent observées et suivies.

Pour cette raison, il sera démontré que les parties au différend et les arbitres accordent beaucoup d'attention aux décisions antérieures et, à plusieurs reprises, les tribunaux arbitraux s'appuient sur le raisonnement des décisions antérieures pour légitimer leurs propres décisions.

domaine le dans Unies Nations des système du principal juridique l'organe est CNUDCI La (1) du droit commercial

progressives modernisation la et l'harmonisation d'encourager mandat pour a qui international, du droit commercial

elle dont législatifs, non et législatifs instruments des établit elle faire, ce Pour international. promeut l'adoption et

l'utilisation, dans plusieurs domaines essentiels du droit commercial.

règlement du (Réforme III travail de Groupe CNUDCI, connexes, questions et Constance (2) des différends entre

investisseurs et États), Trente- sixième session, Vienne, 29 octobre- 2 novembre 2018.

En effet, contrairement à l'arbitrage d'investissement, les systèmes judiciaires

nationaux garantissent normalement cette prévisibilité en s'appuyant sur des précédents, que ce soit sous la forme d'un précédent formel contraignant « stare decisis », comme dans de nombreuses juridictions de Common law. En fait, la pratique consistant à suivre des décisions antérieures, dans presque tous les systèmes judiciaires « nationaux », est renforcée par l'idée d'un contrôle en appel qui assure également l'application cohérente et uniforme de la loi.

Etant donné que la constance des sentences arbitrales favoriseraient l'état de droit, renforceraient la confiance dans la stabilité du climat d'investissement et assoiraient la légitimité dudit régime, il nous est paru judicieux de procéder à une analyse ayant pour objet de traiter des principaux corolaires tirés du renforcement du rôle du Précédent et d'apprécier la cohérence des sentences arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.

De plus, le choix de ce sujet est principalement motivé par la batterie de problématiques que soulève l'absence d'un mécanisme d'appel et l'incohérence et l'imprévisibilité de certaines sentences arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.

En réalité, il peut être difficile de résoudre des problèmes similaires de la même manière lorsque la réalité est que les TBI sont négociés par différents États, dans des circonstances différentes et avec des intérêts différents et les tribunaux arbitraux sont tenus de prendre leurs décisions sur la base du traité respectif et au cas par cas.

Problématique de cet article :

Étant donné que la recherche de la cohérence et la prévisibilité des décisions en matière de règlement des différends constituent un aspect crucial de tout mécanisme judiciaire ou d'arbitrage, ce qui donne confiance au système et améliore sa perception d'être légitime et juste, il serait indubitablement question d'examiner cet aspect lors

de Cet article. C'est pourquoi il serait question de répondre dans cet article aux questions suivantes, les décisions antérieures devraient-elles être contraignantes pour les arbitres ou non? Quels sont les incohérences de la jurisprudence du CIRDI? Quelles sont les conséquences de ne pas tenir compte d'un précédent? Quelles sont les mesures palliatives aux interprétations invasives du Tribunal Arbitral ?

Méthodologie de recherche :

Cet article repose principalement sur une étude analytique des anciennes décisions rendues par les tribunaux RDIE, en s'intéressant aussi bien, aux textes encadrant ce régime tout en faisant référence à la position des instances arbitrales internationales vis- à- vis de certaines normes de droit internationales en se focalisant sur certaines pratiques internationales. Cet article se base, également, sur une lecture comparative du corpus des accords internationaux d'investissement en vue de faire ressortir les lignes directrices d'une meilleure rédaction des Traités.

Répartition des axes :

A cet égard, cette analyse sera scindée en deux grandes parties. Avant de se consacrer à l'examen des constats majeurs qui méritent d'être mis en exergue en matière de l'essor du rôle du Précédent (deuxième chapitre de la première partie), il sera question de s'atteler, en premier, sur la définition de la notion de Précédent dans la mesure de mieux cerner ce concept (section 1) et ensuite de se focaliser sur les raisons sous- jacentes de l'émergence de cette règle en matière d'arbitrage Investisseurs- Etats (Section 2) (chapitre premier de la première partie).

Ce deuxième chapitre sera axé sur la détermination des principales leçons tirées de l'évolution du rôle du Précédent dans le règlement des différends entre Investisseurs

et Etats. Ce chapitre s'articulera à son tour autour de deux points principaux. Tout d'abord, il sera question de déterminer dans quelle mesure les décisions rendues par les tribunaux RDIE ont- elles un caractère contraignant (section 1). En deuxième lieu, il a été jugé judicieux de mettre en relief l'émergence progressive de règles jurisprudentielles dans ce domaine (section 2).

Ensuite, il sera envisagé, au niveau de la deuxième partie, de soulever le manque de constance et de cohérence de ces décisions rendues par les tribunaux RDIE au sujet de nombreuses questions tout en s'appuyant sur des exemples illustrant les normes de droit internationales touchées par ce manque de constance (chapitre premier). En l'occurrence, la clause parapluie et la clause de la nation la plus favorisée (section 1) ainsi que la notion d'investisseur (section 2).

Cet article aura pour vocation, in fine, de mettre en projection quelques recommandations pour remédier et pallier au manque de prévisibilité et de régularité ayant marqué les diverses décisions prises par les tribunaux RDIE (2ème chapitre de la deuxième partie).

Première partie :

La notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat

Chapitre premier :

Contexte de l'émergence de la notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat

Avant d'entamer l'analyse des principales raisons de l'émergence de la notion de Précédent en matière d'arbitrage Investisseur- Etat, il importe de soulever qu'il existe de nombreuses définitions du terme « Précédent », mais nous nous concentrons sur quatre d'entre elles, pertinentes pour Cet article, définitions qui sont intrinsèquement

liées.

1. Section 1:

Notion de Précédent

Tout d'abord, en tenant compte de l'origine du terme « Précédent » (13ème siècle), qui est emprunté du latin praecedens, participe présent de praecedere, on relève qu'il signifie « marcher devant ; l'emporter sur » ou « Qui précède, prend place

immédiatement avant »1. De même, le Dictionnaire de l'Académie Française nous présente ce mot avec la définition générale suivante « un fait, exemple antérieur qu'on invoque comme une autorité ou comme une analogie éclairante», et qui peut être utilisé dans le domaine du Droit comme « un Fait antérieurement jugé, qui sert de référence dans le traitement d'une affaire, dans un procès, etc., ou sur lequel s'appuie le droit coutumier »2.

En deuxième lieu, nous pouvons extraire de la doctrine des définitions spécifiques3, qui sont données selon trois perspectives:

a. Un Précédent est toute autorité décisionnelle susceptible d'influer sur la décision dans l'affaire en cause (perspective de l'avocat) ;

b. Un Précédent est toute autorité décisionnelle susceptible de justifier les décisions des arbitres (perspective de l'arbitre);

c. Un Précédent est toute autorité décisionnelle dans laquelle les questions juridiques factuelles sont suffisamment similaires à l'affaire en cause pour que le public s'attende raisonnablement à ce que les questions soient traitées de la même manière (perspective du public) 4.

Par conséquent, nous relevons que le sens du terme « Précédent », qui peut être tiré des définitions ci- dessus, comprend5 :

(1) Alain Rey, Dictionnaires le Robert, Nouvelle Edition, 1988, P.997

(2) Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition (actuelle)

Cristina », international l'arbitrage dans Précédents des Rôle « Botoaca, Alexandra Viviana (3) Emilia Alexe (dir.),

Revista Român de Arbitraj, (Wolters Kluwer România, Volume 14 Numéro 1) p. 51 - 64

Séminaire international, d'arbitrage matière en Précédent Gaillard, d'Emmanuel Citations (4) de l'IAE Paris - 14

décembre 2007, Général, p. 10, Chapitre IV.

(5) Gilbert Guillaume, loc. cit.

a. un facteur chronologique :
une sentence qui a déjà été rendue ;

b. un facteur contextuel :
une sentence rendue dans des affaires suffisamment semblables;

c. un facteur modus operandi :
une sentence qui est susceptible d'avoir une incidence conséquente et qui crée une attente raisonnable ;

d. un facteur lié au but présumé :
une sentence qui pourrait ou devrait influencer le processus décisionnel.

Après avoir cerné de manière pointue la teneur conceptuelle du terme Précédent, il s'avère, désormais, pertinent de se pencher sur l'étude des facteurs sous- jacents liés à l'émergence d'un ensemble de décisions arbitrales dans le domaine des différends investisseur- États.

2. Section 2 :

Raisons de l'émergence d'une doctrine du Précédent en matière de règlement des différends entre Investisseurs et Etats

A ce niveau, nous allons aborder les différents facteurs ayant contribués directement ou indirectement à la constitution d'un corpus jurisprudentiel important en matière de RDIE. En effet, l'apparition d'une doctrine du Précédent est justifiée principalement par a) une plus grande transparence dans les affaires relatives aux traités d'investissement1, b) une homogénéité de la matière et uniformité dans la

des État un par traitement au relatifs accords des sont d'investissement traités Les (1) investissements effectués par

négociés sont Ils État. autre d'un ressortissantes sociétés des ou physiques personnes des dans un cadre bilatéral ou

peuvent ils ou autonomes traités de s'agir peut il ; sectoriel niveau un à ou multilatéral s'inscrire dans le cadre d'un

qui dispositions des contiennent instruments ces de majorité La échange. libre- de accord permettent le règlement

d'autres prévoient ou CIRDI du l'égide sous État un à investisseur un opposant différends des modes alternatifs de

résolution des différends.

rédaction des traités bilatéraux d'investissement (TBI)1 accompagnée c) d'une cohérence récurrente des membres du tribunal.

a. Plus grande transparence dans les affaires relatives aux traités d'investissement :

L'émergence d'un ensemble de Précédents est en grande partie attribuable à une meilleure transparence des affaires d'arbitrage du CIRDI par rapport à l'arbitrage commercial. L'accès facile aux sentences arbitrales et l'augmentation du nombre de cas enregistrés ont contribué à la constitution d'un corpus de Précédents en plein essor.

Rien ne montre mieux le contraste entre la confidentialité de l'arbitrage commercial

et la transparence de l'arbitrage des traités d'investissement que l'article 48(4) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Ledit article prévoit, entre autres, que :

« [...] Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal. ». (Italique ajouté)

Dans l'affaire El Paso c. l'Argentine, par exemple, le tribunal a énoncé la position suivante :

« Il est néanmoins raisonnable de supposer que les tribunaux d'arbitrage internationaux, notamment ceux établis dans le cadre du système du CIRDI, tiendront généralement compte des Précédents établis par d'autres organes d'arbitrage, en particulier ceux établis par d'autres tribunaux internationaux. »2

dans États deux entre conclus traités des sont d'investissement bilatéraux traités Les (1) lesquels chaque Partie

de ressortissants investisseurs les spécifique manière de traiter à s'engage contractante l'autre Partie contractante et

fiscaux (avantages eux envers préjudiciables comportements certains de s'abstenir à notamment).

(2) Affaire ARB/03/15 du CIRDI, décision sur la compétence, 27 avril 2006, par. 39.

C'est précisément par la publication de tels extraits et de tels jugements que les tribunaux peuvent suivre les traces de leurs prédécesseurs et favoriser une plus grande cohérence dans les affaires relatives aux traités d'investissement.

b. Homogénéité de la matière et uniformité dans la rédaction des TBI :

L'émergence de ce corpus jurisprudentiel peut également être attribuable à l'harmonisation des protections substantielles dans les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux. Ces protections, bien qu'elles ne soient pas rédigées de façon identique, comprennent généralement :

- o Normes générales de traitement des investissements étrangers ;
- o Protection contre l'expropriation et la dépossession ;
- o Indemnisation des pertes.

L'uniformité de la forme et du contenu permet aux tribunaux d'appliquer un modèle de faits variable à un ensemble relativement statique de questions juridiques. Ainsi, les sentences pourraient contribuer à une jurisprudence croissante en matière de traités d'investissement en ce qui concerne les protections substantielles offertes par l'arbitrage entre investisseurs et États.

c. Cohérence des membres du tribunal :

A ce niveau, il convient de soulever un facteur notable dans la composition des tribunaux chargés de trancher les différends investisseur- État qui pourrait également

jouer un rôle dans l'émergence de ce corpus de jurisprudence, à savoir la nomination récurrente de membres qui sont souvent d'éminents professeurs de droit, des praticiens privés ou des juges[1]. Ce facteur a mené vers une plus grande cohérence du raisonnement juridique dans les affaires où des questions juridiques et factuelles similaires sont fréquemment soumises aux tribunaux.

Deuxième chapitre :
Evolution du rôle de la règle du Précédent dans le règlement des différends entre investisseurs et états

Après avoir exposé les principales raisons de l'émergence d'un corpus jurisprudentiel important, il est à ce niveau question de mettre en relief les principaux corolaires tirés du renforcement du rôle que joue le Précédent en matière des litiges résolus dans le cadre du CIRDI.

A cet égard, il y a lieu de préciser que ces différends sont soumis à des instances arbitrales composées en vertu de la Convention de Washington[2], qui a créé le Centre.

Ils sont constitués conformément aux dispositions de la Convention précitée et du

Règlement adopté pour son application. Un certain contrôle est exercé sur les sentences

par des comités ad hoc constitués conformément à l'article 52 (3) de la Convention3.

dispute investor-state of reform and "developments Dowling, Cara et Baker Mark (1) settlement", avec Meg Kin-

near, Secrétaire Générale du CIRDI, Norton Rose Fulbright, Juin 2017

est Elle contractants. États 154 par ratifié traité un est Washington de Convention La (2) entrée en vigueur le 14

la de 6 L'article États. premiers 20 les par ratification sa après jours 30 soit 1966, octobre Convention de Washing-

relatifs procédure de règlements les adopte CIRDI du administratif Conseil le que dispose ton à l'arbitrage et à la

conciliation et le règlement administratif et financier du Centre.

la de reçu Au « que dispose Washington de Convention la de 3) (paragraphe 52 L'article (3) demande, le Président

un arbitres, des liste la sur figurent noms les dont personnes les parmi immédiatement nomme Comité ad hoc de

trois membres. [...] »>

Ces dispositions jouent sans aucun doute un rôle moteur en faveur d'une jurisprudence

cohérente fondée sur le recours aux Précédents. Inversement, nous devons observer

que les tribunaux d'arbitrage établis dans le cadre du CIRDI sont constitués pour

chaque cas et appliquent près de 3200 traités bilatéraux d'investissement (TBI) de

textes variables. De plus, les comités ad hoc sont, par définition, ad hoc et n'ont

qu'un contrôle limité sur les décisions1.

3. Section 1 :

Vers un caractère contraignant des décisions rendues

antérieurement :

Rappelons, tout d'abord, que l'article 53 de la Convention de Washington dispose que :

« La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention. » (italique ajouté).

Malgré le fait que la sentence est contraignante pour les parties et que la règle du « stare decisis » n'est plus appliquée dans le CIRDI2, les tribunaux d'arbitrage sont enclins à s'appuyer sur des Précédents pour évaluer leur pertinence. De ce fait, il importe de souligner que dans certains cas, les arbitres ont considéré que, même

.Gilbert Guillaume, loc. cit (1)

la sur (décision Republic Argentine vs International Energy Paso El exemple, par Voir (2) compétence) (2006),

Affaire CIRDI n° ARB/03/15 27 avril 2006 s 39.

s'ils ne sont pas liés par des décisions antérieures, il y a une obligation de suivre la solution donnée dans des affaires antérieures.

La décision rendue dans l'affaire Saipem S.p.A. c. le Bangladesh1 est un exemple de cette approche. Après avoir déclaré qu'il n'était pas lié par des décisions antérieures, le tribunal a affirmé que les décisions rendues par des tribunaux antérieurs qui constituent « une série de causes cohérentes » devraient être suivies, à moins qu'il n'ait « des motifs contraires impérieux » de ne pas le faire. Tel que noté dans la décision :

« Le Tribunal estime qu'il n'est pas lié par des décisions antérieures. En même temps, il est d'avis qu'il doit tenir dûment compte des décisions antérieures des tribunaux internationaux. Il estime que, sous réserve de motifs contraires impérieux, il a le devoir d'adopter des solutions établies dans une série d'affaires cohérentes. Il estime également que, sous réserve des spécificités d'un traité donné et des circonstances du cas d'espèce, il a le devoir de contribuer au développement harmonieux du droit de l'investissement et de répondre ainsi aux attentes légitimes de la communauté des États et des investisseurs à l'égard de la certitude de la primauté du droit. »2

Un autre exemple suffira à illustrer cette approche générale. Il s'agit, en effet, de la sentence rendue dans le cadre de l'affaire El Paso c. Argentine (qui est réitérée dans

(1) Affaire CIRDI n° ARB/05/7

(2) Décision sur la compétence du 21 mars 2007, par. 6

Pan American c. Argentine et BP c. Argentine):

« Les tribunaux arbitraux du CIRDI sont établis ad hoc, ... et le Tribunal actuel ne connaît aucune disposition,

...

établissant une obligation de « stare decisis ». Il est néanmoins raisonnable de supposer que les tribunaux arbitraux internationaux, notamment ceux établis au sein du système CIRDI, tiendront généralement compte des Précédents établis par d'autres instances arbitrables, en particulier ceux établis

par d'autres tribunaux internationaux. »

4. Section 2 :

Emergence progressive de règles jurisprudentielles :

En réalité, des règles jurisprudentielles commencent à se développer en ce qui concerne certaines normes du droit international, mais beaucoup reste à faire.

A titre d'exemple, il est actuellement admis que le consentement de l'État à l'arbitrage peut être établi à partir de l'existence même de traités bilatéraux d'investissement ou de lois nationales, sans qu'il y ait eu de compromis signé (ce qui n'était pas évident à la lumière des textes applicables)1.

Il est, également, admis qu'un investisseur peut ne pas avoir été traité de manière juste et équitable, même en l'absence de mauvaise foi de la part de l'État en question.2

Comme l'a souligné le tribunal Azurix en 2006 :

affaire Lanka, Sri c. AAPL l'affaire dans rendue arbitrale sentence la exemple par Voir (1) CIRDI n° ARB/87/3,

du 27 juin 1990 (suivie de nombreuses autres décisions)

C. Ltd. International Mondev l'affaire dans rendue arbitrale sentence la exemple par Voir (2) les USA, CIRDI nº

ARB/99/2, du 11 octobre 2002 (suivie de nombreuses autres décisions)

« [...] il existe un fil conducteur dans les récentes sentences au titre de b>ALENA [...] qui m›exige pas la mauvaise foi ou l'intention malveillante de l'État hôte comme un élément nécessaire au non-respect de l'investissement juste et équitablement ». 1

Par ailleurs, le besoin de stabilité du cadre juridique et commercial dans l'État hôte a été affirmé à plusieurs reprises et, devint, désormais, une nouvelle norme de traitement juste et équitable en droit international. Par exemple, le tribunal dans l'affaire PSEG

c. la République de Turquie a récemment confirmé que l'obligation de traitement juste et équitable avait été gravement enfreinte par ce qui a été décrit comme l'effet « montagnes russes » des modifications législatives continues constatées dans cette affaire.2

De même, les attentes légitimes de l'investisseur étranger sont désormais un élément clé par rapport auquel le comportement de l'État d'accueil est évalué3. Dans ce sens, le même tribunal a souligné l'importance des attentes légitimes de l'investisseur étranger qui, « requiert un traitement qui ne porte pas atteinte aux attentes fondamentales sur la base desquelles il a décidé d'effectuer l'investissement ». 4

En outre, la jurisprudence s'oriente de plus en plus vers la considération du libellé (wording) exact5 de la clause concernant le traitement juste et équitable et celle

(1) Azurix c.la République d'argentine, supra, n. 82, par. 372.

(2) PSEG c. République de Turquie, supra, n. 90, aux paragraphes 250 et 255.

(3) Voir Stephen Fietta, "Expropriation and the Fair and Equitable Standard : the Developing Role of. Investors' Expectations" en (2006) 23-25 J Int'l Arb. 375.

c. Tecmed de 154 par. le citant 240, par. 90, n. supra Turquie, de République la c. PSEG (4) États- Unis, supra n. 82.

(5) Gabrielle Kaufmann- Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', William W. Park (dir:), Arbitration International, Oxford University Press 2007, Volume 23 page 3) pp. 357 - 378

prévoyant les obligations de l'État en matière d'indemnisation des dommages-intérêts.

L'examen des décisions en matière d'expropriation montre également qu'une jurisprudence cohérente se développe dans ce domaine et que les tribunaux ont tendance à suivre les traces de leurs prédécesseurs. Cela est évident en ce qui concerne l'expropriation réglementaire, où l'approche consiste à évaluer la légitimité de l'objectif de la mesure, le degré d'impact sur l'investisseur et la proportionnalité.
En même temps, il reste plusieurs normes qui demeurent assez larges et imprécises, ce qui laissera suffisamment de place aux tribunaux pour exercer leur propre discrétion dans leur application.

Deuxième partie :
Constance et cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE relevées et mesures palliatives suggérées y afférentes

Chapitre premier :
Constance et cohérence des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE

A ce niveau, il convient de signaler que la jurisprudence arbitrale reste très hésitante sur une batterie de problématiques, telles que le poids de la clause- parapluie

(umbrella- clause)'ainsi que la distinction entre les revendications contractuelles et les revendications conventionnelles[2](sous- section nº1), l'interprétation de la notion d'investisseur (sous- section nº3), et l'application de la clause de la nation la plus favorisée sur les dispositions relatives au règlement des différends[3](sous- section section nº2).

A cet égard, il sera question à ce niveau de traiter des principaux cas de figure dans lesquels un manque de constance dans la prise de décisions est survenu dans la pratique, tout en s'appuyant sur des exemples illustrant les normes de droit internationales touchées par ce manque de constance.

5. Section 1 :

En matière de la clause parapluie et de la clause de la nation la plus favorisée :

Tout d'abord, il convient de signaler que dans la plupart du temps, il est relevé un amalgame, sur plusieurs niveaux, entre les revendications conventionnelles et les revendications contractuelles, ce qui nécessite de distinguer entre les deux notions à travers l'examen de la source du droit revendiqué et son objet ainsi que les parties

(1) La clause parapluie:

dans le contexte d'un traité bilatéral d'investissement (TBI), la clause parapluie est gé-

des hôte l'Etat laquelle par TBI, d'un disposition une étant comme acceptée néralement investissements s'oblige à

Etat l'autre de investisseurs des l'égard à souscrits a qu'il engagements les respecter contractant. En d'autres termes,

résultant obligations des à assimilées sont l'Etat par assumées interne droit de obligations les du traité. Ces types de

en tout investisseurs aux additionnelle protection la assurer pour ajoutés été ont clause coexistence avec les standards

ou NPF clause équitable, et juste (traitement investisseurs des classique protection la de clause de la nation la plus favorisée, etc.).

de cadre le dans 2002, juillet 3 du hoc ad comité du décision la à remonte distinction La (2) l'affaire Vivendi

à interprétée été a distinction cette lors, Depuis ARB/97/3. n° CIRDI Affaire l'Argentine, contre plusieurs reprises et différentes façons

Kaufmann- Gabrielle et Crawford James de présentations les voir points, ces tous Sur (3) Kohler, dans le cadre de la conférence IAI mentionnée au niveau de la référence nº10 ci- dessus.

réclamantes, tout en mettant au clair les effets juridiques qui en découlent notamment devant le tribunal arbitral1.

En pratique, il existe un certain nombre de sentences qui adoptent une approche restrictive des clauses parapluie, telles que Salini c. Jordanie2, Joy Mining c. Égypte3, et plus récemment les décisions El Paso c. Argentine et Pan American c. Argentine, qui ont déclaré que :

« une clause parapluie ne peut transformer toute revendication contractuelle en revendication conventionnelle, car cela impliquerait nécessairement que tout engagement de l'État en matière d'investissements, même les plus mineurs, se transformerait en revendications conventionnelles. »4

De plus, l'analyse révèle que d'autres tribunaux, tels que ceux dans Eureko c. Pologne5, Noble Venture c. Roumanie6 et Siemens c. Argentine7 ont adopté le point de vue opposé et ont accepté que le concept d'une clause parapluie « est généralement considéré comme une transformation des obligations de droit interne en obligations directement reconnaissables en droit international ».

(1) الدكتور زكرياء الغزاوي، المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار، المجلة

الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، ص:
110 ، 2021

Case ICSID Jordan, of Kingdom Hashemite v. S.p.A. Italstrade and S.p.A. Costruttori Salini (2)

ARB/02/13,

sentence arbitrale du 31 January 2006.

affaire Jordanie, de hachémite Royaume c. S.p.A. Italstrade et S.p.A. Costruttori Salini (3) CIRDI n°ARB/02/13,

sentence arbitrale du 31 janvier 2006.

(4) El Paso Energy c. République argentine, décision sur la compétence, supra, n. 68, par. 82.

(5) Eureko B.V. c. République de Pologne, sentence arbitrale partielle, 19 août 2005.

12 du arbitrale sentence ARB/01/11, Case ICSID Roumanie, c. Inc. Ventures, Noble (6) octobre 2005.

6 du arbitrale sentence ARB/02/08, nº CIRDI d'Argentine, République la c. A.G. Siemens (7) février 2007.

En somme, les tribunaux sont divisés en ce qui concerne la clause parapluie, et aucune règle claire n'a émergé. Certains tribunaux ont noté que leurs décisions dépendaient des termes du traité bilatéral d'investissement (TBI) en cause1. Cependant, cette explication ne fournit pas une justification satisfaisante pour cette incohérence.

S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et de son application au règlement des différends, on peut distinguer deux écoles notables, à savoir les écoles Maffezini et Plama.

Maffezini étant pour l'application de la clause NPF à la résolution des différends investisseurs- Etats et Plama contre cette approche. En effet, le tribunal Maffezini2 a expressément limité la portée de la clause NPF dans les termes suivants :

« Si le Traité prévoit une instance arbitrale particulière, telle que le CIRDI, par exemple, cette option ne peut être modifiée en invoquant la clause NPF, afin de soumettre le différend à un autre mode d'arbitrage. Enfin, si les parties ont convenu

d'un système d'arbitrage très institutionnalisé qui intègre des

règles de procédure précises, ce qui est le cas, par exemple, en

ce qui concerne l'Accord de libre- échange nord- américain

et des arrangements similaires, il est clair qu'aucun de ces

mécanismes ne pourraient être altéré par la clause pertinente

mêmes des l'interprétation dans d'incohérence pas a n'y qu'il cependant, vrai, est Il (1) dispositions du traité. En

exemple, par Argentine, Unis- États- TBI le dans contenue parapluie clause- la l'occurrence, qui a été mis à l'épreuve

à plusieurs reprises, a fait l'objet d'une interprétation restrictive assez cohérence.

décision n°ARB/97/7, Affaire CIRDI d'Espagne, Royaume le c. Maffezini Agustin Emilio (2) rendue en matière

de compétence, 25 Janvier 2000

car ces dispositions très précises reflètent la volonté précise

des parties contractantes. »1

En revanche, Plama2 a traité des tentatives d'importation, en tout ou en partie, du

mécanisme de règlement des différends du CIRDI dans un traité qui soit prévoyait

une autre méthode de règlement des différends, soit limitait la portée de la clause

d'arbitrage du CIRDI. Selon le tribunal Plama, il existe une présomption selon

laquelle une clause NPF ne s'étend pas aux questions de règlement des différends,

sauf lorsque les parties contractantes ont exprimé un intérêt contraire. Par conséquent,

il semble y avoir une distinction claire entre les deux écoles.

En somme, à l'image de la clause parapluie, la pratique arbitrale semble évoluer vers

une règle cohérente.

6. Section 2 :

En matière de la notion d'investisseur :

La notion d'investissement, « notion maudite du système CIRDI ? »3, est ainsi cruciale dans la mesure où elle se situe au cœur de la compétence du Centre. Elle fait néanmoins l'objet d'appréhensions différentes variant entre la conception objective et la conception subjective, bien que le Test de Salini demeure encore nettement employé dans la « jurisprudence CIRDI »4.

(1) Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, supra, n. 79, par. 63.

décision n°ARB/03/24, CIRDI Affaire Bulgarie, de République la c. Ltd Consortium Plama (2) rendue en matière

de compétence du 8 février 2005

Les in », ? CIRDI du maudite notion la d'investissement, notion La « (W.), HAMIDA BEN (3) Cahiers de l'Ar-

bitrage, 2007/4, pp. 33 à 39.

in », CIRDI le devant s'amplifie chaos le d'investissement, notion La « (W.), HAMIDA BEN (4) Les Cahiers de

l'Arbitrage, 2009/4, pp. 40 et suivants

Ce test qui a d'abord été énoncée dans l'affaire CIRDI opposant Salini au Royaume du Maroc1 présente une liste de caractéristiques nécessaires auxquelles une opération doit répondre pour être considérée comme un investissement. En pratique, de nombreux tribunaux d'investissement ont attribué ce sens objectif au terme investissement pour le distinguer des opérations commerciales ordinaires et ont exigé qu'il présente certaines caractéristiques inhérentes.

La pertinence de ces caractéristiques, leurs contours spécifiques et la nature juridique du test restent largement débattues, y compris la question de savoir s'il devrait être appliqué, uniquement, dans le contexte d'une procédure CIRDI. Les

tribunaux ont aussi parfois exigé qu'une opération contribue de façon significative au développement de l'État hôte.

En revanche, certains tribunaux considèrent que le libellé des traités d'investissement est la seule source appropriée de définition du terme « investissement » compte tenu de l'exigence essentielle du consentement des parties, et du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent faire connaître à l'avance, s'ils le désirent, les catégories de différends qu'ils envisageraient ou non de soumettre au Centre.2

Enfin, ces divergences deviennent difficiles à tolérer lorsque des questions identiques,

(1) Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, CIRDI n° ARB/00/4.

tribunaux des compétence la subordonne Washington de Convention la de 25(1) L'article (2) arbitraux CIRDI à

une double condition de consentement :

d'une part, celui des États en présence par la ratification préalable de la

d'autre et, différend au partie l'État par et l'investisseur de l'État par Washington de Convention part, le consente-

d'un l'arbitrage à différend leur soumettre de vue en litige au parties des spécifique ment tribunal sous l'égide du

conclu d'investissement contrat du clause d'une soit résulter peut CIRDI L'arbitrage CIRDI. entre l'investisseur et

l'État d'accueil, soit d'un compromis établi entre ces parties lors de la survenance du différend.

concernant le même Etat, sont tranchées différemment par différents tribunaux d'arbitrage, comme c'est actuellement le cas concernant l'existence de l'Etat de nécessité en Argentine en 2002 et les implications de cette situation1. Certains ont proposé de régler ce problème en transformant, en fait ou en droit, les comités ad hoc en comités d'appel. Cependant, ce projet a, à son tour, créé divers problèmes.

Il a été abandonné, et nous sommes actuellement limités à dépendre du bon sens des arbitres2.

Le nombre d'accords bilatéraux qui ont cherché à définir le concept d'investissement a augmenté en donnant un concept multi- facettes de l'investissement ce qui aide les arbitres, en particulier ceux institués auprès du CIRDI en vertu de la Convention de Washington 1965 pour le règlement des différends. Toutefois, il ressort de l'examen de ces conventions internationales l'absence d'une définition générale de l'investissement et de critères objectifs permettant de le caractériser.

Comme signalé, ci- dessus, les arbitres du Tribunal arbitral, dans le cadre de l'affaire Salini c. Royaume du Maroc, ont tenté de donner une définition claire du concept d'investissement, sur la base de la définition contenue dans le traité entre les deux États en se basant sur trois critères principaux, à savoir :

le critère de l'apport, de l'apport en capital, de l'apport en nature ou autre;

les sur CIRDI jurisprudence la de l'éclatement à remède 'Quel Christakis, Theodore (1) investissements en Argen-

tine? La décision du Comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine' 111 (2007) RGDIP 879

(2) Voir Karl Sauvant (dir.), Appeal mechanism in international investment disputes (2008)

Les critères de durée ;

Les critères de risque d'investissement impliquent nécessairement le partage des profits ou des pertes de l'investissement.

Malgré ce consensus jurisprudentiel, il existe encore une controverse sur un quatrième critère, à savoir la contribution de l'investissement au développement économique, qui met en danger la sécurité judiciaire et contractuelle de ces accords.

Deuxième chapitre:

Mesures proposées pour éviter les interprétations

invasives du Tribunal Arbitral

7. Section 1 :

Reformulation des normes du droit international

contenues dans les TBI

Sur l'échelle international et dans le cadre de sa stratégie globale d'ouverture et de libéralisation, le Maroc a procédé, durant la dernière décennie, à la mise en place d'un cadre juridique propice au développement de ses relations commerciales avec certains de ses partenaires potentiels, à travers la conclusion d'accords de libre-échange et d'APPI. Devant l'accroissement spectaculaire de ces accords (plus de 75 APPI), la réforme du régime de ces accords d'ancienne génération était devenue une nécessité pour le gouvernement marocain. En effet, la réforme des APPI s'est traduite par l'élaboration d'un nouveau modèle plus actuel et plus moderne avec l'appui de l'assistance technique de la CNUCED qui a joué depuis l'année 2015, un rôle crucial dans cette démarche.

De ce fait, il convient de souligner que les accords internationaux d'investissement contiennent un ensemble de clauses qui régissent toutes les étapes du processus d'investissement, de la date de sa création à la date de son arrêt ou son interruption1. Ces constituent un cadre international pour les opérations d'investissement, transformant la relation interne entre l'investisseur étranger et l'État hôte en une relation internationale soumise au droit international. Ce droit est généralement plus protecteur des investissements internationaux que les lois nationales, où les accords contiennent une gamme de garanties qui sont bénéfiques pour les opérateurs du processus d'investissement.

Dans ce contexte, il faut distinguer entre deux modèles d'accords internationaux

d'investissement:

Il s'agit du modèle européen qui se présente comme étant un

modèle traditionnel qui n'oblige pas nécessairement l'État d'accueil à appliquer à

ses ressortissants la norme du traitement national (TN), sauf au cours de la phase

post- création du projet d'investissement. Le deuxième modèle américain, qui lui,

est le plus récent, oblige le pays hôte à appliquer le principe du TN dans la phase

pré- investissement2.

A cet égard, dans la mesure de sécuriser la politique d'investissement national et de

échange libre- de accords des cœur au également sont internationales obligations Ces (1) signés par les États- Unis,

Mexique le et Canada le avec conclu l'accord de cadre le dans stipulées ceux l'occurrence en :

l'Accord de libre-

les sur porte XI chapitre le dont 1992, de datant (ALENA) américain nord- échange investissements. Cet accord

le que échange libre- de accords des reste le pour référence de forme la constitue gouvernement américain a plus tard

conclu avec plusieurs pays, y compris le Royaume du Maroc.

de promotion la et protection la pour internationaux d'accords américain modèle Le (2) l'investissement datant

Il monde. le dans maintenant répandu plus le modèle le étant comme considéré est 2004, de est caractérisé par la

éventail large un hôte pays le sur ainsi plaçant étranger, l'investissement de protection d'obligations envers les

ressortissants américains.

pallier aux interprétations invasives des instances arbitrales, il paraît judicieux de

s'intéresser, en guise de piste d'amélioration, à la nécessité de revoir la rédaction de quelques normes prévues au niveau des accords internationaux d'investissement, d'autant plus que la ratification par le Royaume du Maroc de l'accord de libre-échange continental africain (ZlecAF) en date du 18 avril 2022, exige la remise en question l'avenir de la rédaction ces Traités.

Concernant la notion d'investisseur :

La plupart des Accords internationaux d'investissement tendent à atténuer les risques associés à la définition de l'investisseur protégé, qu'il soit physique ou moral, à travers la rédaction de formulations abstraites et imprécises, selon lesquelles plus d'un critère est utilisé pour démontrer une véritable relation économique entre l'investisseur et son État d'origine. C'est pourquoi, il est nécessaire de définir l'investisseur étranger, afin de mieux cerner le droit de bénéficier de l'éventail des privilèges et des garanties prévues dans les accords internationaux, qui prennent généralement la forme de garanties juridiques, financières et conflictuelles. La définition précise de la notion d'investisseur est fondée sur un ensemble de critères déterminés par l'État à savoir le critère de la nationalité1, l'État de création de l'investissement2, du siège

à déterminé est individu un laquelle par juridique association une est nationalité La (1) appartenir au territoire d'un

l'association par déterminée est l'intéressé de nationalité la l'investisseur, Pour particulier. État territoriale, de sorte

des celle avec confondue nécessairement pas n'est qui nationalité propre sa a l'intéressé que personnes physiques.

(2) Plusieurs conventions bilatérales établissent deux critères :

Le critère de l'État de l'Etat de création de l'in-

Le courants. plus les parmi sont critères Ces social. siège du critère le et vestissement problème, cependant, réside

faible et fragile relation d'une dépendre peut création de l'Etat de critère le que fait le dans

entre l'investisseur et

fiscales infractions des dans inculpées sociétés plusieurs par utilisé est et nationalité de l'Etat pour échapper à leurs

obligations fiscales.

social1 ainsi que le critère de contrôle2. Ces accords prévoient, également, la combinaison desdits critères. Dans le but d'éviter l'élargissement du champ d'application de l'accord international et donc l'accroissement des différends d'arbitrage, il est recommandé d'exclure le critère de l'intégration des accords d'investissement bilatéraux afin d'identifier la catégorie d'investisseurs protégés en relation avec les groupes de sociétés. 3

Concernant la clause relative au traitement national :
La norme du

traitement national a connu une évolution importante à travers le temps dans le cadre des accords d'investissement dans la mesure où elle était à l'origine accordée aux investisseurs étrangers uniquement après leur entrée dans le pays hôte. Ce modèle post- investissement est appliqué aux investissements acceptés conformément aux lois et règlements de l'État hôte, et est actuellement le modèle le plus courant. Toutefois, de récents accords bilatéraux d'investissement ont étendu cette norme à la phase pré-investissement. Dans la perspective de ne pas affecter négativement la

direction sa et bureaux ses où l'investisseur de administrative badresse comme Définie (1) sont situés et où se

son de centre du indépendant être peut Il générales. assemblées ses de réunions les tiennent exploitation en termes

est Il légal. domicile son demeure il Cependant, activités. ses de et commerce son de

obligatoirement fixé dans les

statuts.

nationalité la de base la sur accordée est nationalité la que signifie contrôle de critère Le (2) des personnes qui

contrôlent et société la dans substantielles actions des ou capital du majorité la possèdent ainsi l'investissement. En

est État son et l'investisseur entre relation la que d'établir permet contrôle de critère le effet, étroite, tant sur le plan

vérification la exige il car appliquer, à difficile parfois, est, critère Ce qu'économique. juridique de la nationalité

plus encore est et société la de capital au contribuant physiques personnes les toutes de compliquée lorsque les per-

Parfois, indirect. contrôle au donc et société la de capital au contribuent morales sonnes plusieurs niveaux doivent

être consultés pour voir qui contrôle l'entreprise, et donc l'investissement.

la de l'affaire de cadre le dans rendue 2006 mars 16 du partielle arbitrale sentence la Voir (3) société Suluka Invest-

de bénéficié a qui Japonais investisseurs des par % 100 à détenue société une ments, l'accord d'investissement conclu

ainsi faisant tchèque, l'État avec différend son dans néerlandais et tchèques États les entre usage de la citoyenneté

néerlandaise pour le groupe de sociétés qui y est incorporé

politique de promotion et de croissance des PME nationales, dans le cas

où ces mêmes concessions sont accordées aux investisseurs nationaux et

étrangers, il est recommandé d'exclure en détail, les mesures prises par le

pays hôte dans le cadre de l'octroi de prêts, des garanties et des assurances

en vue de promouvoir les activités d'investissement locaux.

Concernant la clause de la nation la plus favorisée :
Le dénominateur

commun de tous ces accords internationaux est la clause de la nation la plus favorisée (NPF), selon laquelle l'État hôte accorde aux parties contractantes à des accords d'investissement un traitement non moins favorable que celui accordé à d'autres États en vertu d'autres traités dans les mêmes domaines qu'ils couvrent. De même, il ressort d'une comparaison des accords d'investissement, surtout bilatéraux, que la majorité des accords appliquent la règle du NPF dans la phase post- investissement.' D'autre part, il convient de préciser qu'il existe une différence dans la formulation de la règle de la nation la plus favorisée dans les accords d'investissement conclus entre les États en ce qui concerne l'octroi des avantages de la nation la plus favorisée aux investisseurs ou à leurs investissements, lorsque l'acceptation d'investissements étrangers en droit international coutumier est soumise au pouvoir discrétionnaire d'investissement du pays d'accueil. Dans ce

investissements», des contrôle de «système le comme méthode cette définit CNUCED La (1)
ce qui signifie que la

réalisés et acceptés été ont qui investissements qu'aux s'applique ne NPF règle
conformément aux lois du pays hôte.

étrangers d'investissements l'entrée contrôler de mesure en est Maroc du Royaume le Ainsi,
sur son territoire et de

exemple par secteurs, certains dans étrangers investissements certains d'exclure ou refuser
dans le but de protéger

raisons des pour stratégique ou émergents secteurs certains ou nationaux investissements les
politiques, sociales ou

autres.

sens, il est recommandé d'unifier la formulation de cette clause chose qui demeure difficile étant précisé que les parties contractantes prévoient des dérogations à la clause de nation la plus favorisée pour chaque mesure, secteur ou activité, à condition que cette violation soit incluse dans la liste des exceptions spécifiques pour chaque État. 1

Concernant la clause du traitement juste et équitable :

Historiquement,

la norme du traitement juste et équitable est un concept relativement récent, bien qu'il figure dans les premiers accords sur la promotion et la protection des investissements et dans le domaine de la législation internationale en matière d'investissement en général. Les éléments constitutifs de ce principe sont selon la jurisprudence arbitrale, l'obligation de protection2, l'absence d'arbitraire3, la transparence et les attentes légitimes des investisseurs, 4 ainsi que la bonne foi 5. Sur cette base, la formulation de cette clause devrait s'aligner avec les critères retenus par la pratique arbitrale tout en garantissant un climat d'investissement transparent et prévisible afin que l'investisseur puisse planifier son activité et contrôler ses actions.

c. Mafezzini l'affaire dans 2000 janvier 25 le CIRDI le par rendue arbitrale sentence la Voir (1) Espagne.

adoptée été a et coutumier international droit du établi bien principe un est obligation Cette (2) par les arbitres, qui

et juste traitement de principe du violation une constitue respect non- son que considèrent équitable.

mesures de œuvre en mise la que estimé ont arbitres les affaires, plusieurs Dans (3) déraisonnables constituent

de conduite la lorsque particulier en équitable, et juste traitement du règle la de violation une l'État était arbitraire

sexe, son de ou nationalité sa de raison en lésé été a l'investisseur lorsque discriminatoire ou

ou en raison du non-

respect des procédures judiciaires.

le et 2004 de américain Modèle du 11 et 10 articles les compris y récents, accords Des (4) Traité sur la Charte de

être doit hôte pays du législation la et actions les dans transparence la que stipulent l'énergie, assurée en matière

d'investissement.

comme arbitraux tribunaux les par considérée été a foi mauvaise de État d'un conduite La (5) une présomption de

violation de la règle de traitement juste et équitable.

Concernant la clause de règlement des différends dans les accords bilatéraux d'investissement :

Les mécanismes de règlement des différends entre l'État et l'investisseur commencent principalement par la négociation, la conciliation et la médiation. Ces modes alternatifs de règlement des litiges ont des caractéristiques importantes, notamment vu le fait qu'ils constituent des solutions non judiciaires et non contraignantes. A cet égard, il convient de souligner que certains accords prévoient simplement le principe du règlement amiable des différends sans préciser le type de moyens. La majorité des accords bilatéraux prévoient, en cas d'échec des mécanismes amicaux le recours aux tribunaux locaux. De ce fait, il est important de souligner l'importance de prévoir dans le corps de l'accord un certain délai (par exemple, six mois ou un autre délai) après lequel des recours judiciaires sont permis pour protéger les parties. En effet, l'arbitrage d'investissement n'est plus considéré comme un mode de règlement des

litiges « unilatéral », par lequel l'investisseur bénéficiait d'une protection absolue. Quant à la loi applicable, certains accords d'investissements ne font pas référence à cette question et se réfèrent simplement implicitement à la loi applicable dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, comme le Centre international pour le règlement des différends d'investissement entre Etats et investisseurs étrangers (CIRDI).

8. Section 2 :

D'autres réformes possibles proposées

Malgré la diversité des traités d'investissement, on pourrait, éventuellement, proposer des réformes possibles sur une base multilatérale. Il s'agit en l'occurrence de la mise en place de modèles d'interprétation cohérente des dénominateurs communs des dispositions récurrentes, et de clarifier ainsi les normes et principes fondamentaux par une interprétation constante et cohérente.

On notera, à cet égard, que les normes de transparence du RDIE, telles qu'élaborées par le CIRDI en 2006 et par la CNUDCI en 2013 et 2014, prévoient l'accès des tribunaux arbitraux aux ordonnances et décisions. Grâce à ces normes et à la publication des décisions de RDIE, les tribunaux arbitraux auraient plus facilement accès aux décisions antérieures, ce qui aiderait à promouvoir un système de Précédents1.

Une autre option s'avère pertinente. Il s'agit de la création d'un mécanisme d'appel autonome2. La principale fonction d'un organe d'appel est d'assurer la régularité des décisions sur la forme et sur le fond. Il serait chargé d'examiner les décisions sur le fond et permettrait la mise en œuvre d'un système de Précédents contraignants. Il faudrait en limiter la portée de façon à ne pas réexaminer les affaires de novo.

On pourrait également envisager un système permettant l'examen préalable des

règlement du (Réforme III travail de Groupe CNUDCI, connexes, questions et Constance (1)

des différends entre

investisseurs et États), loc. cit.

(2) ZARRA, GIOVANNI, The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Re-

form?, 2018, Chinese Journal Of International Law (178- 179)

projets de sentences arbitrales1. L'examen des sentences est une caractéristique du Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, souvent décrite comme bénéfique dans la mesure où elle améliore la qualité et le caractère exécutoire des sentences. On pourrait concevoir un système similaire pour assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE.

Certains traités d'investissement récents ont prévu la création d'un tribunal, constitué en institution internationale permanente. La raison en est qu'en siégeant en permanence et en statuant sur des affaires au fil du temps, les juges rendraient des décisions constantes.

Conclusion

Sur la base des positions récentes des tribunaux du CIRDI sur le rôle des précédents, un tableau assez clair apparaît. Bien que les tribunaux rejettent systématiquement la notion de précédent juridiquement contraignant sous forme de stare decisis, ils tentent de se conformer aux décisions antérieures rendues par le CIRDI et d'autres tribunaux d'investissement, développant ainsi une jurisprudence de fait. Même lorsqu'ils s'abstiennent d'aborder explicitement la question des précédents, les

(1) Ibid, 179.

tribunaux du CIRDI s'appuient en fait sur des décisions antérieures pour façonner un ensemble toujours plus élaboré de lois sur les investissements.

En guise de conclusion, nous tenons à souligner trois points principaux :

Premièrement, à mesure que l'arbitrage s'étend dans de nombreux domaines et que les activités économiques deviennent plus diversifiées et complexes, nous devons de plus en plus différencier les types de conflits et des utilisateurs.

Deuxièmement, la question de savoir si l'élaboration de règles contraignantes par le biais de décisions arbitrales est souhaitable ou non dépend de la nécessité, à savoir le besoin de certitude et de prévisibilité, ainsi que le besoin de cohérence ou d'égalité de traitement. De tels besoins existent clairement dans des domaines où la loi n'est pas encore bien développée.

Troisièmement, nous sommes à un moment où nous avons probablement atteint ou peut- être dépassé le sommet de la mondialisation et de la libéralisation des échanges, avec la rupture des cycles de Doha, l'émergence de régulateurs de plus en plus protectionnistes, et l'adhésion des sceptiques du commerce au Congrès américain.

À l'heure actuelle, en raison de l'évolution de l'environnement, la prévisibilité et l'uniformité de la primauté du droit sont plus importantes que jamais. Enfin, il est important de se rappeler que la crédibilité de l'ensemble du système de règlement des différends dépend de l'uniformité, car un processus de règlement des différends qui produit des résultats imprévisibles perdra la confiance des utilisateurs à long terme et va à l'encontre de son propre objectif. Ces derniers points mènent à la

conclusion générale que le « précédent arbitral » est une nécessité pour certains types de différends, ne serait-ce que dans l'intérêt de la primauté du droit.

Ainsi, nous considérons que la question de savoir si le rôle des précédents devrait s'accroître de manière à devenir contraignant ou non dépend principalement des besoins des destinataires des règles d'arbitrage international et de la portée de ces règles, Par conséquent, la question principale est de savoir s'il est nécessaire de renforcer le rôle des précédents dans l'arbitrage.

À la lumière de tout ce qui précède, on peut tirer les conclusions suivantes :

« [...]

le sens du terme « précédent » dans l'arbitrage international impose la nécessité de tenir compte » plutôt que l'obligation de donner à la jurisprudence un pouvoir exécutoire; « le principe d'uniformité », qui doit être observé en application de la Loi type de la CNUDCI, peut être légèrement équilibré avec l'obligation de prendre, dans tous les cas, en compte les usages du commerce lors de la décision sur un différend (que les parties aient ou non désigné un système juridique particulier), il n'est donc pas nécessaire que le rôle du précédent soit renforcé pour devenir contraignant ; toutefois, le précédent doit être pris en compte lors de la décision sur un différend, compte tenu des similitudes possibles entre certains différends et les divergences qui peuvent découler du règlement de deux différends similaires de manières différentes;

-il est encore nécessaire de clarifier (i) les exigences pour qu'une sentence devienne un précédent en arbitrage, (ii) la force obligatoire du précédent, (iii) les sanctions à appliquer pour non- respect de la force donnée, et (iv) les lignes directrices pour

établir le degré de similarité entre les différends, soit par doctrine, soit par des mesures législatives.

La Loi type de la CNUDCI, ainsi que les règles d'arbitrage international en général, ne sont pas principalement choisies par les récipiendaires pour la prévisibilité des sentences qui leur sont accordées, mais plutôt pour la liberté de créer un système

personnalisé pour résoudre leur différend.

De ce fait, nous estimons que l'établissement d'un précédent revêt une très grande importance, peu importe la procédure qui règle un différend, compte tenu du fait que les précédents donnent un degré plus élevé de prévisibilité au droit, À ce titre, les précédents peuvent inspirer la bonne foi dans la conduite des parties, ainsi que dans la façon dont un différend est résolu.

Néanmoins, dans l'arbitrage commercial international, les précédents contraignants sont susceptibles de créer une limite au règlement des différends et de modifier l'objet de l'arbitrage, aspects qui, à mon avis, dépasser les avantages possibles de l'amélioration du rôle des précédents dans l'arbitrage international.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- Alain Rey, Dictionnaires le Robert, Nouvelle Edition, 1988.

Ouvrage spéciaux en langue anglaise :

- Karl Sauvant, Appeal mechanism in international investment disputes, Oxford University Press (2008), p. 110. Consultable sur le lien suivant : (https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/AppealsMechanisminInternationalInvestmentDisputes-ToC_000.pdf?msclkid=35fe6625c0a311ecb1084f72c9245de0)
- Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, 'Precedent in International Arbitration' N°5, JurisNet, IAI series on international arbitration, 15/01/2008, 978- 1-933833- 14- 9 Général, p. 10, Chapitre IV.

Articles :

- الدكتور زكرياء الغزاوي، المسؤولية الدولية للدولة في إطار الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمار، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، ص 110، المجلد 2، العدد 1، 2021؛

- Gabrielle Kaufmann- Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', Arbitration International, Oxford University Press 2007, Volume 23, p. 357 - 378.

- Gilbert Guillaume, 'The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators', Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press 2011, Vol. 2 p. 5 - 23;

- Viviana Alexandra Botoaca, 'Role of Precedent in International Arbitration', Revista Român de Arbitraj, Wolters Kluwer România, Volume 14 Issue, 2021, p. 51 - 64;

- Mark Baker et Cara Dowling, "developments and reform of investor-state dispute settlement", Norton Rose Fulbright, Juin 2017 (https: //www. nortonrosefulbright.com/- /media/files/nrf/nrfweb/imported/international- arbitration- review- - - issue- 8.pdf?revision=&revision=).

- Stephen Fietta, 'Expropriation and the Fair and Equitable Standard: the Developing Role of Investors' Expectations', Journal of International Arbitration, Volume 23 (5) - 1er janvier 2006, p.23-25 375 consultable sur le lien suivant: (https: //www.deepdyve.com/lp/kluwer- law-

international/expropriation- and- the- fair- and- equitable- standard- 8wWsgrEnLi?msclkid=2b2cfla7c0a31lec83cce86a4fdf5c06);

- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, la notion maudite du CIRDI ? », Les Cahiers de l'Arbitrage, 2007/4, pp. 33 à 39;

- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, le chaos s'amplifie devant le CIRDI », Les Cahiers de l'Arbitrage, 2009/4, pp. 40 et suivantes;

- Theodore Christakis, 'Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du Comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine', Revue générale de droit international

public, ISSN 0373- 6156, Vol. 111, Nº 4, 2007, p. 879- 896.

Jurisprudence :

Arbitrage ad- hoc :

- Sentence arbitrale partielle rendue dans le cadre de l'affaire Eureko B.V. c. République de Pologne, le 19 août 2005, consultable sur le lien suivant :

(https: //jusmundi.com/fr/document/decision/en- eureko- b- v- v- republic- of- poland- partial- award- friday- 19th- august- 2005#decision_682).

Arrêts de la Cour Internationale de Justice :

- Arrêt de la Cour Internationale de Justice du 24 mai 2005 (Projet Gab Fikovo- Nagymaros opposant la Hongrie à la Slovaquie), consultable sur le lien suivant :

(https:

//www.icj-
cij.org/fr/affaire/92/
arrets?msclkid=ea487b32c0a311eca0f876ac81ee3f00)

Jurisprudence arbitrale consultable sur le site du CIRDI:

- Décision rendue en matière de compétence dans le cadre de l'affaire

CIRDI n°ARB/97/7), le 25 Janvier 2000 (Emilio Agustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne ;

- Décision rendue en matière de compétence dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/03/24, le 8 février 2005 (Plama Consortium Ltd c. la République de Bulgarie).

- Décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI nºARB/03/15, le 27 avril 2006 (El Paso Energy International vs Argentine Republic) ;

- Décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI nº ARB/05/7, le 21 mars 2007 (Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh) ;

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n° ARB/87/3, le 27 juin 1990 (AAPL c. Sri Lanka) ;

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI nº ARB/97/3, le 20 août 2007 (Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. la République d'Argentine);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI nº ARB/02/08, le 6 février 2007 (Siemens A.G. c. la République d'Argentine);

- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/99/2,

le 11 octobre 2002 (Mondev International Ltd. C. les USA);
- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/01/12, le 14 juillet 2006 (Azurix c.la République d'argentine) ;
- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/02/5, le 19 janvier 2007, (PSEG c. République de Turquie);
- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/02/13), le 31 janvier 2006 (Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Hashemite Kingdom of Jordan);
- Sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'affaire CIRDI n°ARB/01/11, le 12 octobre 2005 (Noble Ventures, Inc. c. Roumanie);

Webographie

- Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition, consultable sur le lien suivant : (https: //www.dictionnaire- academie.fr/article/A9P3883).

Rapport :

- Constance et questions connexes, CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre- 2 novembre 2018 (référence : A/ CN.9/WG.III/WP.150).

XII. Réflexion sur l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements

entre le Royaume du Maroc et la République

Fédérative du Brésil

Zakaria Laghzaoui

Chef de Division des Affaires Commerciales

et du Contentieux Arbitral

I- Introduction

Au cours des dernières décennies, le Royaume du Maroc a mis en œuvre une batterie de mesures qui visent à faciliter l'accès de l'investisseur étranger au marché national. Ces mesures expriment l'attachement du Royaume du Maroc à la nécessité de renforcer la coopération internationale en matière de promotion des investissements. Dans ce contexte, le Maroc a récemment signé de nouveaux accords d'investissement, notamment l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements (ACFI) avec la République Fédérative du Brésil, conclu à Brasilia le 13 juin 2019. Cet accord a été approuvé et publié au Bulletin Officiel nº 6870 du 2 avril 2020. Ledit accord a pour but de promouvoir l'investissement mutuel et la mise en œuvre d'une stratégie d'investissement comprenant un ensemble de mécanismes. Il vise, également, à réglementer les relations entre les investisseurs étrangers et le pays

d'accueil, axées sur la coopération et la facilitation des flux d'investissement.

II- Le Maroc et les accords d'investissement

Du fait de l'ouverture du Maroc aux investissements étrangers et de la position qu'il occupe en tant que destination attractive potentielle pour les capitaux étrangers, grâce à sa stabilité politique et économique et en vue de s'aligner avec le développement du recours à l'arbitrage comme un moyen de règlement des litiges liés à l'investissement, l'État marocain a introduit un ensemble d'amendements à

ses lois nationales, notamment au sein du Code de procédure civile, en 2007. Le Maroc a également pris part activement au mouvement tendant à la modernisation de l'arbitrage international, par son adhésion aux conventions internationales pertinentes, en particulier la Convention de New- York de 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et la Convention de Washington de 1965, portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Cela s'ajoute à la conclusion d'un ensemble d'accords sur la protection et la promotion des investissements internationaux (APPI), dont le nombre a atteint 75 accords bilatéraux, en plus de l'Accord de libre- échange avec les États- Unis d'Amérique (ALE).

Par ailleurs, depuis 2015, le Maroc a adopté une stratégie visant à négocier et à signer des accords de coopération et de facilitation des investissements (ACFI), en lieu et place des accords traditionnels, à savoir les traités bilatéraux d'investissement (TBI)

qui, notamment, établissent les droits matériels de l'investisseur et font de l'arbitrage investisseur- État la méthode de résolution d'éventuels litiges.

III- Dispositions pertinentes de l'Accord de coopération et facilitation en matière d'investissements entre le Royaume du Maroc et la République Fédérative du Brésil (« Accord Maroc- Brésil »)

L'Accord Maroc- Brésil est une consécration de la nouvelle stratégie élaborée par le Maroc.

Plusieurs de ses dispositions révèlent une préoccupation face aux critiques communément adressées au modèle traditionnel de TBI. À la différence de ces derniers, l'Accord Maroc- Brésil vise à réaliser un meilleur équilibre entre la

protection des investissements et le programme de développement de l'État hôte, en visant à établir des programmes thématiques pour promouvoir la coopération en vue de faciliter et d'encourager les investissements, tels que des mesures qui concernent la réduction des obstacles réglementaires.

Le but de cet accord serait donc de faciliter l'investissement, et non pas seulement sa protection (art. 1), tout en mettant en place une étape préliminaire consistant à faire appel à un Comité Conjoint avant d'engager une procédure d'arbitrage contre l'État hôte sur la base du traité (art. 19).

En privilégiant le recours à des efforts diplomatiques entre les États parties, le modèle marocain est censé se concentrer sur la prévention des conflits et les interactions

amicales entre États.

A. - Nouveau libellé aux anciennes clauses

Pour ce faire, cet accord apporte un nouveau libellé aux anciennes clauses traditionnelles insérées dans les TBI, comme le « traitement national », le « traitement de la nation la plus favorisée » et « l'expropriation ». Il introduit, également, de nouvelles clauses de sauvegarde pour réglementer les investissements et le comportement des investisseurs, et s'appuie sur un mécanisme de règlement des différends éloigné du modèle d'arbitrage investisseur- État largement inclus dans les TBI.

Outre la modernisation des anciennes clauses, cet accord contient également des dispositions qui, historiquement, étaient étrangères aux traités d'investissement : en effet, il comprend des articles sur la responsabilité sociale des entreprises (art. 13), indiquant que les investisseurs et leurs investissements doivent s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de contribution au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale, à travers l'adoption d'un degré élevé de pratiques

socialement responsables, sur la base des principes et des normes volontaires énoncés dans l'Accord.

La protection des investisseurs reste une préoccupation majeure dans ce modèle d'accord ; créer et maintenir des conditions favorables aux investissements est un objectif explicite mentionné dans le préambule, et plusieurs clauses visant à protéger les investissements font également partie de cet ACFI, telles que le dédommagement des pertes (art. 7), la transparence (art. 8), les transferts (art. 9), etc. Cependant, il

prévoit des dispositions destinées à protéger et, de fait, à promouvoir le programme de développement du pays hôte.

B. - Nouvelles dispositions au profit de l'investisseur

L'ACFI Maroc - Brésil reproduit des règles importantes qui profitent à l'investisseur, telles que l'interdiction du traitement discriminatoire. Cependant, il convient de noter que ces règles matérielles ne constituent pas nécessairement des droits de l'investisseur, car, comme indiqué ci- dessous, l'investisseur n'a aucun recours direct contre l'État d'accueil en cas de violation de l'accord. L'accord contient également des règles générales pour faciliter le transfert de ressources et protéger les investisseurs en cas d'expropriation directe, ainsi que pour imposer une obligation de transparence aux parties concernant leurs lois, règlements, procédures et décisions administratives liées à des sujets couverts par l'accord. Il était également prévu qu'avant l'adoption de toute nouvelle mesure par l'État partie, la possibilité serait donnée à l'autre partie et aux personnes intéressées de présenter des observations sur les mesures proposées.

En outre, cet accord traite d'autres situations qui, selon les règles communément adoptées dans les TBI traditionnels, pourraient donner lieu à des demandes

d'indemnisation de la part d'investisseurs contre les États d'accueil. En ce sens, le traité exclut, par exemple, la possibilité de reconnaître l'expropriation indirecte, en prenant des mesures réglementaires non discriminatoires (art. 6.4). Pour certains commentateurs, l'exclusion de la protection ou de l'indemnisation en

cas d'expropriation indirecte crée une lacune importante dans le régime lié aux investissements étrangers; puisqu'il s'agit de l'un des fondements les plus fréquents dans les revendications entre les investisseurs et l'État d'accueil.

Toujours concernant l'indemnisation, l'accord Maroc - Brésil établit qu'en cas de dommages résultant d'un conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence national, d'une insurrection, de troubles ou de tout autre évènement similaire, les investisseurs des parties bénéficieront du même traitement accordé par cette partie à ses propres investisseurs ou du traitement accordé en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, si celui- ci est plus favorable à l'investisseur, notamment en termes de restitution, d'indemnisation, de compensation ou tout autre règlement (art. 7.1). Là encore, le but est de « protéger » 1›État de toute demande fondée sur ces situations factuelles.

Cet accord contient également un article intitulé « Exceptions concernant la sécurité », consacré à la liste des mesures que les parties peuvent prendre, sans que cela soit interprété comme une violation de l'accord, telles que les mesures visant à protéger la sécurité nationale, l'ordre public ou l'application des dispositions des lois pénales (art. 12).

Enfin, d'autres éléments novateurs de l'Accord Brésil - Maroc par rapport aux TBI traditionnels, sont la reconnaissance de l'importance des mesures de lutte contre la corruption et l'inclusion d'obligations pour de meilleurs efforts de responsabilité

sociale des entreprises envers les investisseurs (art. 13). Ainsi, ces derniers « doivent

s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible » pour, entre autres mesures, « stimuler le progrès économique, social et environnemental visant à parvenir à un développement durable », « respecter les droits de l'homme internationalement connus des personnes impliquées dans les activités des entreprises » et « encourager le renforcement des capacités locales, grâce à une coopération étroite avec la communauté locale ». En outre, les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en réduisant les exigences de leur législation du travail, de l'environnement ou de la santé.

C. - De nouvelles mesures pour l'administration de l'Accord

Pour superviser la mise en œuvre et l'exécution de l'accord, un Comité Conjoint d'Administration de l'Accord sera créé, composé de représentants des gouvernements des deux parties, avec des réunions au moins une fois par an, en alternance de présidence entre les parties. Ce comité servira également, conformément à l'Accord Maroc - Brésil, à discuter des possibilités d'expansion et de facilitation des investissements dans les États parties, ainsi que d'établissement d'un programme pour une plus grande coopération et facilitation des investissements, « sur les questions pertinentes en matière de promotion et d'amélioration de l'environnement des investissements bilatéraux » (art. 14).

L'accord Maroc - Brésil prévoit ainsi la nomination, par chaque partie, d'un Point Focal National ou « Ombudsmen » dont la fonction, entre autres, sera de soutenir les investisseurs de l'autre partie sur son territoire (art. 15). Pour le Maroc, le

Point Focal National, ou « Ombudsmen », se situera à l'Agence Marocaine de Développement des Investissements et des Importations (AMDIE).

D. La prévention des différends d'abord ...

Contrairement aux TBI traditionnels, qui prévoyaient la résolution des différends entre les investisseurs et l'État hôte par arbitrage, cet accord, n'ayant pas de telles prévisions, serait censé se concentrer sur la prévention des conflits et les interactions amicales entre États parties, en prévoyant une phase initiale de prévention des différends. À défaut d'accord, la partie lésée garde son droit d'engager un arbitrage d'État à État. Les deux choix peuvent être considérés comme des étapes tangibles vers le développement de l'État hôte.

Une grande importance est accordée au règlement amiable des litiges. À cet égard, deux dispositifs institutionnels sont créés par les dispositions de cet accord, à savoir le Comité Conjoint d'Administration de l'Accord (art. 14) et le Point Focal National (Ombudsmen) (art. 15) dont la mission principale est la résolution des problèmes ou différends concernant les investissements afin d'éviter tout litige éventuel. Toutefois, en cas de litige inévitable, une phase de règlement est engagée. Les parties engagent une procédure devant ce Comité et, à l'expiration d'un délai de 60 jours, le Comité Conjoint publie un rapport avec ses conclusions ; les parties peuvent alors décider de le suivre ou non. Si aucun accord n'est conclu et que les parties décident de ne pas suivre le rapport du Comité Conjoint, un arbitrage entre États peut être engagé (art. 20).

E. Arbitrage État - État

L'approche du règlement, suivie de l'arbitrage État - État, peut être considérée comme favorable à la protection de l'État d'accueil. Aucun litige n'est engagé à

moins que plusieurs mesures ne soient prises afin d'éviter le litige lui- même. Les deux parties sont invitées à discuter de leurs arguments et à parvenir à un règlement, tandis qu'un rapport préliminaire sur l'affaire, avec les conclusions du Comité Conjoint sur leurs demandes, est publié et mis à disposition. Le fait que les deux parties puissent discuter de leurs arguments et même recevoir une première analyse de l'affaire peut éviter un litige long et coûteux, débouchant sur un règlement à l'amiable.

Même si ce n'est pas le cas et que les parties décident de poursuivre le litige, cela ne constituera pas un arbitrage investisseur- État ; ce système a longtemps été considéré comme biaisé en faveur de la protection de l'investisseur, au mépris des intérêts des États hôtes.

L'arbitrage d'État à État, tel que proposé dans cet accord, peut être une alternative pour atteindre un meilleur équilibre entre l'investisseur et l'État d'accueil. L'investisseur lésé doit persuader son État d'origine qu'un dommage a été causé à l'investissement, afin qu'il puisse engager un arbitrage contre l'État d'accueil. Cette approche offre ainsi l'opportunité de ne traiter que les requêtes significatives tout en prévenant les réclamations dilatoires ou arbitraires menées par des plaideurs aventureux.

F. En cas de violation de l'accord

Si l'une des parties estime que l'accord a été violé, elle peut invoquer une « procédure de prévention des différends » devant le Comité Conjoint (art. 19), qui établira un rapport contenant ses conclusions. Si le différend persiste, la partie peut le soumettre aux mécanismes d'arbitrage entre États (art. 20.1). Les parties peuvent également, d'un commun accord, choisir d'utiliser un autre mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement ou de constituer un panel d'arbitrage

spécifique pour le différend (art. 20.4).

Il faut noter que les mécanismes de règlement des différends prévus par l'accord Maroc - Brésil sont similaires au système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce, compte tenu du rôle du tribunal arbitral pour vérifier le non- respect éventuel des termes de l'accord, sans possibilité de condamnation au paiement d'une indemnité de la partie privée ayant subi des dommages du fait de la violation.

En outre, si la mesure faisant l'objet du différend a été adoptée par l'État partie afin de protéger « ses intérêts essentiels en matière de sécurité », « ce comportement ne sera soumis à aucun examen par un tribunal arbitral ».

Les arbitres, dans le cadre d'éventuels différends au titre de l'Accord Maroc - Brésil, doivent avoir l'expérience ou l'expertise nécessaire du droit international, des règles d'investissement international et du droit du commerce international, être indépendants et respecter le Code de conduite relatif au mémorandum d'accord sur

les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

L'accord Maroc - Brésil est entré en vigueur pour une période de dix ans, expirant par la suite, à moins que les parties n'en conviennent autrement et décident de son renouvellement pour une période de 10 ans supplémentaires.

Notons enfin qu'après son approbation par le Royaume du Maroc en date du 9 octobre 2019, l'efficacité du nouvel accord dépend, dans une large mesure, des efforts des gouvernements marocain et brésilien pour adopter des dispositions qui encouragent les investissements réciproques.

XIV. Sanctions alternatives, Aspects et

Approche législative

CHOULLI Bouchra

Professeur à la faculté de

Droit de Tétouan

Introduction

La politique pénale actuelle du Maroc pose un grand problème : le parquet et le juge d'instruction, pour n'importe quel délit, envoient quasi automatiquement le suspect en détention préventive. Les prisons marocaines sont encombrées de détenus pour délits mineurs qui attendent leur jugement.

A ce niveau, deux questions essentielles se posent : faut- il construire de nouvelles prisons et en agrandir d'autres pour héberger les nombreux suspects qu'on envoie quotidiennement en détention préventive ? Ou faudra- il refondre toute la politique pénale, et instaurer des mesures alternatives, au lieu d'incarcérer à tout bout de champ tout « fauteur de trouble », quelle que soit la dangerosité qu'il représente sur l'ordre public ou économique ?

Pour certains magistrats, la solution du problème, vu la recrudescence de la criminalité, passe obligatoirement par la construction de nouvelles prisons et l'agrandissement d'autres. Mais pour la grande partie, la prison devrait être le dernier recours. Le mieux est de recourir aux autres mesures alternatives1.

Le économique. vie .La » Maroc du actuelle pénale politique «La MDIDECH. Jaouad (1) 04.12.2012.

Et d'abord, qu'entend- on par « peines et mesures alternatives ? »

Les alternatives dans le domaine des peines et procédures pénales désignent le placement des solutions procédurales et punitives alternatives aux procédures et peines traditionnelles1. Autrement dit, on appelle peines alternatives toutes les condamnations d'auteurs de délits ou de crimes ne comprenant pas d'emprisonnement ferme2.

Généralement, on peut considérer que l'expression « mesures alternatives » recouvre tout mécanisme permettant de trouver des solutions acceptables par des parties en différend en dehors des procédures judiciaires traditionnelles (d'où le terme « alternatif »). Ils ne se substituent pas à celles- ci mais doivent permettre de « vider les conflits » de leur substance à la satisfaction des parties.

Section 1 :

Approche de la législation marocaine à l'égard des sanctions alternatives

Le choix du concept « sanctions alternatives » présente néanmoins un inconvénient, l'emploi du terme « alternatives » pourrait donner l'impression qu'il s'agit de sanctions qui viendraient en second rang, après la peine de prison ou de sanction de moindre importance, plus douces. On constatera dans cet article que les sanctions alternatives

(1) FIDANI Abdeljalil :
« Les alternatives de l'action publique et les alternatives des sanctions privatives de liberté ». La politique pénale au Maroc :
réalité et perspectives. Volume 1 :
les travaux préparatoires du 9 et 10 et 11 décembre 2004 à Meknès. P. 71.

». chiffres et faits délinquance- alternatives, peines Les « alternatives. www.hptt.peines (2) Dossier du jeudi 16 janvier 2003.

ne sont pas un deuxième choix, les sanctions alternatives sont conçues comme une exploration du potentiel et des limites de l'arsenal des sanctions alternatives.

9.1 :

Le potentiel des sanctions alternatives :

Les intérêts que présentent les sanctions alternatives sont les suivantes :

- Absence de lourdeur dans les procédures ou processus ;
- Coût contrôlés de la prestation choisie ;
- préférence pour la confidentialité.1

Par ailleurs, le délinquant sanctionné par une mesure alternative continue à vivre dans la communauté, Ainsi, il conserve logement, travail, liens familiaux, et on évite que cela ne devienne des problèmes additionnels importants pendant sa détention et à sa libération. Dans la mesure où les causes de sa conduite délinquante sont liées à des problèmes qui trouvent des solutions dans la communauté que dans la prison. Les sanctions ou mesures alternatives peuvent être souplement adaptées à la gravité du délit et à l'ampleur des efforts que l'auteur assumera pour aboutir à une solution et à une réparation, les sanctions alternatives offrent plus d'opportunités de réparation vis- à- vis de la victime et de la communauté. Elles permettent d'influencer plus facilement les comportements futurs de l'auteur, les effets des efforts de réparation (d'une transaction avec une victime ou d'une amende par exemple) sont plus intenses et durables qu'un séjour (souvent vide de sens) dans une prison.

(1) www.fr.wikipedia.org./wiki/OP.CIT.

Les sanctions alternatives font appel à un effort personnel du délinquant.

Elles postulent que le délinquant est capable de prendre ses responsabilités et

d'assurer les conséquences de son comportement et, en même temps, elles offrent concrètement la possibilité de mettre en œuvre ces conduites axées sur l'avenir1.

Les mesures alternatives (comme c'est le cas pour la transaction pénale par exemple) permettent une maîtrise du traitement du conflit et expriment la volonté d'aboutir à une solution amiable du différend2.

Le fait que le délinquant doive donner son accord, condition d'une décision de sanction alternative, peut être perçu comme une faiblesse de ces mesures, une sanction alternative ne peut bien sûr pas être mise en œuvre sous la contrainte (à l'exception des amendes et des peines avec sursis). Le principe de l'accord et de collaboration fait référence à des valeurs positives comme la prise de responsabilité et la participation active. Si on ne peut dès lors se passer des peines traditionnelles pour ceux qui ne sont pas prêts à collaborer, on ne voit pas pourquoi, lorsqu'on a affaire à un auteur qui montre un certain sens des responsabilités et qui est prêt à collaborer,3 la sanction alternative ne constituerait pas alors la règle, Il s'ensuit que la priorité devrait être accordée aux sanctions alternatives.

Pour les mêmes raisons, le fait qu'une sanction alternative antérieure n'ait pas été menée correctement à son terme ou qu'un délinquant ait ensuite récidivé ou même

(1) Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.6.

(2) www.vie.publique.fr/politiques.publiques/juge- justice- proximité.OP.CIT.

(3) - Daniel MARTIN. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.8 et 9.

que le délinquant ait été emprisonné, ne constitue pas en soi une raison suffisante pour ne pas (à nouveau) envisager une sanction alternative.

Il faut à chaque fois examiner si le délinquant est prêt à prendre une certaine responsabilité. Il faut à chaque fois se demander si la sanction alternative ne constitue

pas la réponse adéquate à la situation problématique posée.

Les sanctions ou les mesures alternatives situent la solution là où elle doit l'être : dans la société, celle- ci est ainsi activement impliquée dans la solution du problème de la criminalité1.

Certes, les mesures alternatives visent à répondre aux dysfonctionnements de la justice, ceux-ci se résument dans l'encombrement, la lenteur, le coût, la complexité ... Ce sont des critiques formulées par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose plus des moyens matériels nécessaires pour faire face à l'augmentation du contentieux2.

Il faut noter qu'un important soutien pour la mise en application des sanctions alternatives peut être trouvé auprès de la population.

2 :

Les limites des sanctions alternatives

Les recherches sur les opinions du public en matière d'application des peines montrent que les personnes interrogées choisissent de préférence le traitement pénal qui apporte le plus à la victime, à la société et à l'auteur ; or, les avantages du

(1) Idem.

(2) www.vie.publique.fr/politiques.publiques/juge- justice- proximité.OP.CIT.

recours au juge pénal sont souvent énoncés et parmi eux sont cités, la gratuité de la procédure, le rôle actif du juge dans la recherche des preuves, les moyens d'enquête contraignants offerts au juge pénal pour la recherche de la vérité ... à cela s'ajoute encore la possibilité pour la victime de se constituer partie civile et de déclencher ainsi le procès pénal malgré l'inertie des autorités de poursuite, mais aussi la spécialisation des juridictions permettant une meilleur expertise des dossiers1.

Certes des sanctions sont nécessaires à partir du moment où des obligations existent,

où des règles sont posées, car les hommes ne sont pas des anges et les règles qui existent sont souvent indispensables. Le tout est de trouver des sanctions adaptées ; comme exemple, on peut évoquer le problème du chèque (notamment du chèque sans provision) ; le législateur marocain a suivi deux politiques criminelles successives. D'abord, le recours au droit pénal qui comprend des sanctions d'emprisonnement (articles 316 et 318 du CCM) ; puis, on en est parvenu à une solution beaucoup plus raisonnable :

possibilité de régulariser après l'échéance (article 313 du CCM) et interdiction de tirer des chèques (article 312 du CCM). C'est précisément là une des alternatives, des formes de dépénalisation2. Par ailleurs, la satisfaction des parties et la réduction du risque de récidive sont tenus en plus haute estime que la sévérité de la peine.

Il convient aussi de formuler des attentes réalistes à l'égard des mesures et peines

procédure « B.BOULOC, V. pénale, voie la à recourir de victime la pour avantages les Sur (1) pénale », Précis

Dalloz, 21° Ed. 2008, Nº 284.

aux synthèse de Rapport ». dépénalisation la de problème Le « LEVASSEUR. Georges (2) troisièmes journées

franco- italo- espagnoles de politique criminelle d'Aix- en- Provence en septembre 1982.

http: //ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/les_science_juridiques/la_loi_penale 10/03/2008.

alternatives. Quoi qu'il en soit, celles-ci restent des interventions limités- mais judicieuses- dans la vie des gens. Elles ne peuvent contrebalancer que partiellement les autres influences nombreuses et durables vécues. Cela souligne une politique sociale de qualité . En France, l'efficacité des sanctions alternatives dépend en grande

partie de l'effectivité dans la mise en application et dans l'exécution. Ces deux aspects ont récemment bénéficié d'une grande attention1.

Le nombre d'assistants de justice (assistants de médiation, de probation et d'instruction) a ainsi été augmenté, la mission de ces collaborateurs des magistrats est de découvrir le sens et l'impact des délits pour mettre en évidence les éléments qui peuvent plaider en faveur de l'application d'une sanction alternative, Ils rendent également un avis sur le contenu et les conditions de réalisation de la sanction2.

Une application effective et efficace des mesures alternatives ne peut avoir lieu sans d'importantes garanties juridiques, ce n'est pas parce que ces sanctions sont moins rigoureuses que la privation de liberté qu'elles doivent être assorties de moins de garanties juridiques, la loi organisant une procédure de médiation pénale par exemple peut de ce point de vue faire l'objet d'une appréciation tantôt positive, tantôt négative.

Les modalités d'intervention (traitement, formation, travail d'intérêt général ...) sont établies de façon limitative, des limites sont aussi fixées pour la durée de la mesure.

L'auteur doit toujours marquer son accord avec la sanction proposée, le traitement ne peut être décidé que si l'auteur invoque lui- même la circonstance d'une maladie ou

(1) Ibid. P.10.

(2) - Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.10.

d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants comme cause de l'infraction.

L'auteur, comme la victime, peut se faire assister d'un avocat,

La transaction pénale n'est pas possible lorsque l'action publique est mise en mouvement ou lorsque le juge d'instruction est saisi soit par le ministère public soit par voie de constitution des parties civiles1.

Section 2 :

De quelques illustrations des sanctions alternatives :

Il convient de signaler que les sanctions alternatives sont multiples, on ne peut en envisager l'examen dans le cadre limité de cet article. On ne parlera que de : la répression administrative, la sanction civile, le travail d'intérêt général et la transaction pénale.

§1 :

La répression administrative

Il convient de signaler qu'à l'heure où les juristes, s'émouvant de ce que le droit pénal « a tendance à s'insinuer partout, à devenir le simple sanctionnateur de la violation de normes civiles, commerciales ou Administratives2, cherchent à discerner quelles pourraient être les alternatives à la justice pénale3, une constatation s'impose, selon laquelle ces mêmes droits civil, commercial et administratif doivent eux-mêmes être réformés dans un but des préventions générales4 ».

(1) Daniel MARTIN et autres. « Mesures et peines alternatives ». OP.CIT. P.10.

l'Europe, de conseil du travaux des bilan pénal, du sanctionnateur, rôle le BOLLE, H, - P (2) Fribourg, 1985.

centre le et Paris de l'université par 1984 en organisé colloque du thème le était Tel (3) international de criminologie

thème, même le sur s, et 390 p. 1984, R.S.C. voir rendu, compte- un pour Montréal, de J.BERNAT decelis, la

question des alternatives, R.S.C. 1986. P. 309 et s.

(4) P - H, BOLLE, article précité.

Au Maroc comme en France, la récente extension des pouvoirs de sanctions administratives a indéniablement répondu à cette demande. En confiant à certaines autorités administratives indépendantes la faculté de sanctionner les manquements

à leurs propres règlements, le législateur a entendu accroitre l'efficacité de la répression dans des domaines où le recours à la seule voie pénale ne s'était pas avéré une solution satisfaisante1.

le perdu a pénal judicaire juge le c'est-à-dire strict, sens au pénal juge le jours, nos De monopole puisque d'autres

autorités les Et punitif2. caractère au sanctions des prononcer peuvent autorités administratives indépendantes qui ont

plus la l'illustration constituent en financières sanctions lourdes de d'infliger pouvoir le significative3.

D'abord, l'idée générale de cette nouvelle tendance apportée par les juristes français, s'articule autour de la possibilité et l'opportunité confiée à l'administration d'appliquer la répression, parallèlement à l'autorité judiciaire qui ne constitue pas désormais le domaine réservé de cette dernière.

Plusieurs arguments et considérations ont été dégagés en la matière. Pour certains auteurs4, « La répression administrative » est un phénomène lié à l'intervention accrue de l'Etat moderne, cette intervention fait que les « autorités administratives indépendantes » sont dotées de larges pouvoirs de sanction, ce qui résulte un redéploiement, mais aussi un renforcement de la « répression administrative ».

anticoncurrentielles pratiques les correctement sanctionner à justice la de l'impuissance (1) explique, par exemple,

même lui- d'infliger droit le l'économie de ministre au accordé ait 1977 juillet 19 du loi la que des amendes, en

de l'empire sous que, alors concentration, de ou anticoncurrentielles pratiques de cas l'ordonnance du 9 Août 1953,

Sanctions « COLLY, C.TEITGEN- voir point, ce Sur juge. le saisir de pouvoir le que n'avait il administratives et

autorités administratives indépendantes », les petites Affiches du 17 Janvier 1990, p. 25 et s.

la de phénomène le répressif, administratif droit Le « CHAWA. SAMI Mohamed (2) dépénalisation ». Ed. 1996.

P.45. (En arabe)

de supérieur conseil le concurrence, la de conseil le citer de possible est il exemple, par - (3) l'audiovisuel et la

n° loi la par financiers marchés des l'autorité à intégrée bourse, de opérations des commission 2003- 706 du 1ª août

de sécurité financière.

(4) Mireille DELMAS- MARTY& Catherine TEITGEN- COLLY. OP.CIT- avant- propos.

Pour d'autres auteurs le recours à « la sanction administrative » est justifié, tant que la répression pénale n'est pas convenable et ne répond pas aux exigences d'une répression déterminée1.

§2 :

La sanction civile

On observe que la tendance à la dépénalisation, récemment apparue en droit des affaires, se manifeste non seulement par le recours à des sanctions administratives, mais encore par le jeu des sanctions civiles2.

Le principe d'une responsabilité civile des personnes morales s'est imposé plus facilement que celui de leur responsabilité pénale. En droit marocain l'article 78 du Droit des Obligations et des Contrats stipule que « chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet. »

Donc, l'article 78 du Droit des Obligations et des Contrats marocain et l'art. 1382 du code civil français écartent les objections de ceux qui ne voyaient dans l'être moral qu'une personnalité fictive et, par conséquent, non susceptible d'avoir une volonté propre.

travaux in France», en administrative répression la de «l'état COLLY, TEITGEN- Catherine (1) de colloque « droit

pénale transaction la Bouskia,» A. par cité 1994, Mai Tunis, ATDP, », administration et pénal en générale et doua-

nière ... » P.274.

». pénale politique générale, partie affaires, des pénal Droit « MARTY. DELMAS- Mireille (2) Ed. Presses uni-

versitaires de France. P.252.

Pour convaincre de l'intérêt du recours à la sanction civile, il ne suffit pas de montrer que celle- ci peut être mise en œuvre avec facilité.

Encore faut- il établir que le processus répressif au terme duquel elle est infligée est suffisamment respectueux des droits des justiciables.

Comme la sanction pénale, en effet, cette sanction est infligée au terme d'une procédure judiciaire. Indépendance et impartialité des magistrats, respect des droits de la défense, existence de voies de recours à l'encontre des décisions qui infligent une sanction, sont autant de caractéristiques du procès civil qui devraient en faire le vecteur privilégié du recours à des sanctions non pénales1.

La sanction civile, peut remplir des fonctions variables, ce qui conduit à distinguer :

La sanction exécution, dont la fonction est de contraindre le débiteur d'une obligation à s'exécuter (l'injonction de faire).

La sanction inhibition dont la fonction est de paralyser l'acte ou l'action affectée d'un vice (la nullité).

La sanction réparation, dont la fonction est d'indemniser le créancier de l'obligation inexécutée (la peine privé) ;

La diversité des dites sanctions civiles permet d'adapter la réponse juridique aux

particularités de l'obligation violée.

Ainsi, l'identification du besoin à satisfaire permet de déterminer quelle est la

Ed. ». privée peine de fonction sa dans civile responsabilité La « CARVAL. Suzanne (1) LGDT. P.253.

sanction la plus adaptée, par sa nature, son intensité ou son régime, pour atteindre le résultat recherché1.

Cette voie est parfois valorisée par la doctrine .Ainsi, selon Mme Calais AULOY (1988), la sanction civile serait « plus riche d'effets » :

« Effet de justice, l'indemnité payée à l'individu lésé a un caractère plus justement retributif que l'amende payée à l'Etat ; effet utilitaire, la peine privée est susceptible de calmer certaines colères plus sûrement que l'amende ; quant à l'effet dissuasif, il reste le même. »2

Encore faut- il tenir compte du développement actuel des garanties en matière administrative et faire observer que la sanction civile suppose la condition préalable d'un dommage et entraine la conséquence d'un affaiblissement du rôle de l'Etat dans la mise en œuvre de la sanction, l'initiative de l'action étant réservée en principe à la seule victime, de même que la mise à exécution du jugement de condamnation3.

§3 :

La mesure transactionnelle

Il est bien entendu, que la politique de la dépénalisation ne signifie pas d'une manière mécanique ou absolue l'élimination totale de toute sanction. En plus des répressions civiles et administratives, on peut dire que la politique de dépénalisation est une moyenne nouvelle de sanctionner par la substitution des mécanismes transactionnels à une norme pénale lorsque cette dernière est inadaptable ou inutile à la spécificité de la vie économique et financière4.

(1) Florence DE BOISSY. « Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie des sanctions » in « Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires» op. cit. P.74.

(2) Ibid. P.254.

(3) Idem.

(4) ImadKABOU. OP.CIT.P.111.

En cas de litige en matière fiscale par exemple, la procédure contentieuse est généralement longue, difficile à mener, coûteuse, et en tout cas complètement incertaine quant à son aboutissement. Le contribuable entreprise, parfois abasourdi par l'ampleur du redressement annoncé, préfère alors recourir à la seconde procédure possible, la transaction. Le choix de cette procédure permet de transiger rapidement avec l'administration et ainsi de bénéficier, tout au moins, d'une réduction substantielle de la pénalité appliquée1.

C'est pourquoi la législation a récemment imaginé des voies intermédiaires qui tout à la fois évitent le classement sans suite2, démoralisant pour la police judiciaire et les honnêtes gens, et la comparution du délinquant devant le tribunal.

Soucieux de développer encore davantage les réponses intermédiaires entre classement et poursuite, le législateur imagina d'introduire dans notre droit ce qui fut d'abord appelée la transaction pénale.

Schématiquement, le parquet invitait le délinquant à effectuer une prestation, comme le versement d'une somme d'argent et l'action publique se trouvait éteinte3.

La transaction, dont des études ont montré qu'elle est l'instrument privilégié de résolution des conflits dans des domaines comme celui de la fiscalité, la douane, la

l'administration avec litige d'un lors transaction la à recours Du « ROSSIGNOL. luc Jean- (1) fiscale », Petites

Affiches, 17 février 2003. Nº :
34, P.6.

chiffre ce dans encore et suite, sans classement de 74% compté a on 1993, l'année Pour (2) quarante-huit- fois

l'Assemblée de lois des commission la de nom au fait Rapport déterminé. être pu avait l'auteur nationale (dans le

Jean par Cité pénale). transaction la créait qui 1994 juin 1er du loi de projet d'un cadre PRADEL, « D'une loi avortée

à un projet nouveau sur l'injonction pénale ». Recueil Dalloz Sirey. 1995, 23 cahier chronique : 171.

». pénale l'injonction sur nouveau projet un à avortée loi Ibid.»D'une PRADEL, Jean (3) Recueil Dalloz, Sirey.

1995, 23 cahiers chroniques. P.171.

matière économique, etc., est en général présentée comme étant avantageuse pour le délinquant, puisqu'elle éteint l'action publique et ce, même à l'égard des peines d'emprisonnement si elle intervient avant le jugement définitif.

§4 :

Le travail d'intérêt général

Aussi, la politique pénale du Maroc adopte, de plus en plus, différentes mesures de substitution à l'incarcération1. Ainsi, les sanctions alternatives prévues par le projet de loi2 intègrent entre autres mesures, le travail d'intérêt général qui est un travail non rémunéré effectuée au profit d'une association, une collectivité locale, un service ou un hôpital. La durée du travail est variable.

Le projet de loi dispose que le tribunal doit, initialement, condamner l'accusé à la peine principale, avant de décider de la remplacer par des sanctions alternatives, tout en notifiant le condamné qu'au cas où il ne se soumettrait pas à ses obligations,

la peine privative de liberté sera rétablie. Le condamné a le droit d'accepter ou de refuser de se soumettre à une peine alternative3.

Dans le même ordre d'idées, le projet de loi nº10.164 comporte des avancées telles que la législation conditionnée de l'avortement, l'instauration de peines alternatives ou l'introduction de nouvelles catégories de crimes (enrichissement illicite, crimes contre l'humanité, ...)

De même, il s'agira de limiter les cas de recours à la détention préventive, qui sera

(1) www. Cndh.ma/ sites/ default/files/les peines alternatives.

de générale réforme la de cadre le dans rédigée 2015 de marocain pénale loi de projet Le (2) la justice.

(3) www.huffpost maghreb.com/2016/02/09/prison_maroc_loi_n_9192006.

(4) - Le projet de loi nº10.16 retiré du parlement afin d'être modifié et complété.

considérée comme une mesure exceptionnelle. A ce titre, toutes les décisions de détention devront être motivées, et seront susceptibles d'appel devant " une chambre des libertés". Celle- ci devra se prononcer dans un délai d'un jour à compter de sa saisine.

L'usage du bracelet électronique fera son entrée dans le quotidien des juridictions marocaines, s'ajoutant à d'autres moyens de contrôles judiciaires comme la fermeture des frontières ou la confiscation du passeport ; enfin, lors de la garde à vue, les déclarations des suspects devront obligatoirement être enregistrées par des moyens audiovisuels1.

Conclusion

En conclusion, on peut s'interroger s'il y a de réels avantages à remplacer la sanction pénale par d'autres sanctions (administratives, civiles, travail d'intérêt général, mesure transactionnelle) qui dans leurs résultats, en sont bien proche. Cependant, ce

n'est pas seul le résultat qui compte, c'est aussi la manière dont il est atteint. Comme avantage il y a l'absence de caractère infamant de la procédure.

Il y a le fait que l'action est menée non par le ministère public mais par l'Administration. Celle- ci étant directement concernée peut agir avec plus de justesse que le ministère public.

(1) https: //www.médias24.com>droit

المحور الثاني

القرارات والأحكام القضائية

القرار رقم 211/1

الصادر بتاريخ 26/04/2018

في الملف التجاري عدد 1227/3/1/2017

اتفاق التحكيم

يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم، فالأول هو الذي يبرم بعد وقوع النزاع، يلتزم بموجبه الأطراف عرض نزاع معين قائم بينهم على محكم أو محكمين، بينما الثاني هو الذي يبرم قبل وقوع النزاع يرد عادة كبند من بنود العقد، يلتزم أطرافه بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد على محكم أو أكثر.

إن ما انتهى إليه المقرر التحكيمي من أداء الطالب التعويض، لا يعد خروجا عن المهمة المسندة إلى المحكم، لأنها نتيجة حتمية لثبوت إخلال الطالب بالتزاماته التعاقدية.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أن الطالب تقدم بمقال لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عرض فيه أنه فوت بموجب بروتوكول اتفاق مؤرخ في -13 -03 2012 للمطلوبين نسبة 90 في المائة من الأنصبة المكونة لرأسمال الشركة المغربية على ثلاث مراحل. وأنه نفذ التزامه المتعلق بتفويت نسبة 30 في المائة

من الأنصبة داخل أجل -30 -03 2012، غير أن الطرف الآخر امتنع عن تنفيذ التزاماته المتمثلة في تأسيس ضمانات جديدة لديون الشركة لفائدة مؤسسات الائتمان ابتداء من تاريخ التفويت، وتوقيع اتفاقية تقديم خدمات للشركة، تنتهي في أواخر دجنبر 2014، مقابل تمكينه من 2 في المائة من رقم الأعمال الصافي من الضريبة على القيمة المضافة يتم أداؤه كل ثلاثة أشهر، هذا وأن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق نص على حل النزاعات الناشئة بين الطرفين، والتي لم يتم التوصل بشأنها إلى اتفاق ودي بواسطة التحكيم، وفي هذا الإطار توصل بتاريخ -20 - 03 2013 برسالة من المحكم .» جهاد أكرام»، يخبره فيها بأنه عين كمحكم من لدن المسمى «ع ك» بصفة انفرادية، وبتاريخ انعقاد جلسة التحكيم، وأثناء سريان المسطرة تمسك ببطلان الشرط التحكيمي، وعدم احترام الطرف الآخر لمسطرة الصلح القبلية وتعيين المحكم، غير أن هذا الأخير أصدر أمرا تمهيديا بصحة الشرط التحكيمي واختصاصه للبت في موضوع النزاع، ثم حكما تحكيميا بتاريخ 15 نونبر 2013، قضى بأدائه لفائدة الخصم التعويض.، ملتمسا التصريح ببطلان الأمر التمهيدي والحكم الصادر عن المحكم، لبطلان الشرط التحكيمي، وعدم صحة تعيينه ولبته في موضوع النزاع دون التقيد بالمهمة المسندة إليه، وعدم احترامه لحقوق الدفاع

ومبادئ الإنصاف والعدالة. وبعد تبادل المذكرات بين أصراف النزاع، أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارا برفض دعوى البطلان والحكم بتنفيذ الحكم التحكيمي، وهو موضوع الطعن بالنقض.

في شأن الوسيلتين الأولى والثالثة

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية. والفصل 19 من بروتوكول الاتفاق ونقصان التعليل المعد بمثابة انعدامه، بدعوى أنه تمسك بمقتضيات بروتوكول الاتفاق، الناصة على أنه :

»لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا بعد

سلوك مسطرة الوساطة الاتفاقية»، غير أن المحكمة ردت ما أثير بهذا الخصوص بعلة

أن:

«الطالب توصل برسالة من أجل التسوية الودية للنزاع بقيت دون جدوى»، والحال أن الوساطة الاتفاقية هي مؤسسة قائمة الذات حسب الفرع الثالث من الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية، ولا تختزل في مجرد إنذار موجه من لدن دفاع المطلوبين، ومن تم فإنه كان يتعين على المحكم أن يقوم بإجراءات الوساطة قبل البت في النزاع.

أيضا خلطت المحكمة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، فشرط التحكيم الوارد بالعقد ولئن حدد النقط العامة المتعلقة باللجوء إلى التحكيم، غير أن ذلك لا يغني عن اتفاق التحكيم الذي يحدد تفاصيل المسطرة. والمحكمة لما ذهبت خلاف هذا المنحى تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا معتبرا بمثابة انعدامه، ولأجل ما ذكر يتعين التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لها من بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين، أنهما اتفقا على اللجوء إلى مسطرة التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو التي لها علاقة به، وأن شرط التحكيم المذكور حدد طريقة تعيين المحكم المنفرد، ونطاق مهمته والقانون الواجب التطبيق، وكذا أجل ولغة التحكيم وطريقة توزيع أتعاب التحكيم بين الطرفين، اعتبرت صوابا أن سند التحكيم قائم، وليس في موقفها المذكور أي خلط بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ما دام أن الاتفاق على التحكيم يمكن أن يكون إما

بمقتضى عقد التحكيم الذي يأتي لاحقا لحدوث النزاع، وفق ما نص عليه الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية، أو بموجب شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي وفق ما نصت عليه أحكام الفصل 309 من نفس القانون، كما هو الحال في النازلة الماثلة، ولما ثبت لها أيضا أن تفعيل شرط التحكيم جاء معلقا على سلوك الطرفين وليس المحكم لمسطرة التسوية الودية القبلية، وأن المطلوبين قبل اللجوء إلى التحكيم وجهوا إنذارا توصل به الطالب في 18- 12- 2012، من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، أجاب

عنه بأن ما ذكر فيه لا أساس له من الصحة، اعتبرت صوابا أن المطلوبين نفذوا التزامهم المتعلق بسلوكهم المسطرة المذكورة قبل اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم فان المحكم لم يضع يده على النزاع إلا بعد فشل مسطرة التسوية الودية المتفق عليها، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، وجاء معللا تعليلا كافيا، والوسيلتان على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق الفصل 327- 20 من قانون المسطرة المدنية، بدعوى أن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق حدد للمحكم أجل شهر واحد للبت في النزاع، غير أنه بت فيه بعد أن مرت عليه مدة سبعة أشهر، مما يناسب التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه فضلا عن أن ما أثير بموضوع الوسيلة تضمن نعيا على الحكم التحكيمي ولم يتضمن أي نعي على القرار المطعون فيه، فإنه لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع، والوسيلة غير مقبولة.

في شأن الوسيلة الرابعة

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق القانون وتجاوز المحكم لاختصاصاته، بدعوى أن الفصل 19 من بروتوكول الاتفاق، حدد مهمته في البت النهائي في أي نزاع ينشأ بخصوص تنفيذ العقد أو تأويله، غير أنه بالرجوع إلى الحكم التحكيمي يلفى أن المحكم قضى بأداء الطالب للتعويض ومبالغ مالية أخرى من قبل سندات تجارية، متجاوزا بذلك المهمة المسندة إليه بموجب الاتفاق، والتى يرجع أمر البت فيها للقضاء الرسمي.

والمحكمة بقولها:
«إن المحكم المنفرد بت في النزاعات الناشئة عن العقد وما هو
مرتبط به، وأن الحكم بالتعويض ناتج عن تنفيذ الالتزامات ... وذلك لا يشكل خروجا

عن المهمة المحددة له»، تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا منزلا منزلة انعدامه، مما يناسب التصريح بنقضه.

لكن، حيث أوردت المحكمة ضمن تنصيصات قرارها «إنه يتبين من المقرر التحكيمي، أن المحكم المنفرد بت في النزاعات الناشئة عن العقد وما هو مرتبط به، وأن الحكم بالتعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات المشار إليها في العقد، لا يشكل خروجا عن حدود المهمة المحددة للمحكم، وإنما هي تطبيق لبنوذ العقد»، وهو تعليل اعتمدت فيه المحكمة على بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين الناص على أنه:
«سيتم البت
النهائي في كل نزاع ينشأ بخصوص هذا العقد أو له علاقة به، بعد تعذر حله بصفة ودية»، وبذلك كانت على صواب لما اعتبرت أن ما انتهى إليه المقرر التحكيمي من أداء الطالب للتعويض، لا يعد خروجا عن المهمة المسندة إلى المحكم في شرط التحكيم، ما دام أن الحكم به لم يكن إلا نتيجة حتمية لثبوت إخلال الطالب بالتزاماته التعاقدية، وتأسيسا عما ذكر فإن المحكم لما قضى بالتعويض بمناسبة النظر في النزاع يكون قد استمد صلاحيته تلك من شرط التحكيم المعبر عن إرادة الطرفين، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء المصاريف على عاتق الطالب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

قرار رقم 311/1

الصادر بتاريخ 21/06/2018

في الملف التجاري عدد 2292/3/1/2017

تحكيم تجاري

نظام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط - حكم تحكيمي صادر وفقا

لنظام المركز؛

حضور مساعد إلى جانب المحكم يساعده في انجاز الإجراءات المتخذة

من طرفه وعدم اعتراض الطرفين على ذلك، ليس من شأنه إثارة الشكوك

حول استقلال المحكم وحياده؛

اتفاق الطرفان في وثيقة التحكيم على تسوية الخلاف عن طريق التحكيم

إذا فشل الصلح - عدم نجاح الصلح - اختصاص هيئة التحكيم للنظر في

النزاع - نعم -؛

أخذ المحكم بتقرير خبرة دون الآخر لا يؤدي إلى بطلان مقرره، ما دام

التقرير الذي استند إليه اختاره وعزز قناعته.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه، أن الطالبة تقدمت لمحكمة

الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بمقال للطعن بالبطلان في المقرر التحكيمي الصادر

في النزاع القائم بينها وبين المطلوب، عرضت فيه أنها تعاقدت معه من أجل إنجاز

وتوريد وتركيب وتشغيل معدات الري اللازمة للسقي بأرضه الفلاحية البالغة مساحتها

38 هكتار و56 أر و12 سنتيار. الكائنة بالضيعة المسماة ب الواقعة بجماعة زحيليكة

بتكلفة إجمالية قدرها 2.417.871.00 درهما ذاكرة أنها أنجزت بالإضافة للأشغال التي تم

تحديدها بالعقد، أشغال أخرى خارج بنوده، وذلك بمقتضى اتفاق مباشر مع المطعون

ضده، بلغت قيمتها 106.385.59 درهما إضافة إلى مبلغ 816000.00 درهم المتعلق بزيادة القيمة عن عملية الحفر في الأرض الحضرية، غير أنها لما راسلته من أجل استكمال الإجراءات التقنية والإدارية للحصول على إعانة الدولة وتسليمها كمبيالة بمبلغ 60 % كضمانة وفق ما هو متفق عليه بالعقد. لم يستجب لذلك الأمر الذي جعلها توجه له إنذارا بتاريخ 04/05/2014، أشعرته بمقتضاه برغبتها في فض النزاع القائم بينهما وديا أمام المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط، ليصدر بعد ذلك هذا الأخير مقررا بتاريخ 13/11/2014 بفشل محاولة التحكيم، اضطرت على إثره الطاعنة إلى عرض النزاع على المحكمة التجارية، التي أصدرت حكما بعدم قبول الطلب، مما قامت معه الطاعنة من جديد بمراسلة المطلوب لأجل إحالة النزاع على هيئة التحكيم، لينتهي الأمر بإصدار المقرر التحكيمي القاضي بإبعاد الخبرة شكلا ومضمونا ... والحكم على المنعش (المطعون ضده) بمبلغ 483.570.00 درهما لفائدة الطاعنة عن الأشغال المنجزة قبل إجراء الخبرة من طرف المختبر العمومي للتجارب والدراسات التي أوصى بها المنعش، وأدائها له مبلغ 3.760.000.00 درهم عن الربح الضائع والضرر اللاحق بالمغروسات وغرامة التأخير ورفض طلب الطرفين المتعلق بالاستفادة من إعانة الدولة، وتصفية أتعاب المحكم المحددة في 18.000.00 درهم، وجعلها مناصفة بين الطرفين وهو المقرر التحكيمي

المطعون فيه بالبطلان، تأسيسا على أن الهيئة التحكيمية لم تصدر حكما أوليا يقضي بصحة اختصاصها للبت في النزاع، وأنها تجاوزت إرادة الطرفين، وأخلت بسرية النزاع، بسبب تعيينها الأستاذة (...) كمساعدة لها خلاف ما تم الاتفاق عليه، ولمخالفة المقرر أحكام البند 11 من العقد بقضائه على الطاعنة بالغرامة التعاقدية والتعويض، رغم أن البند المذكور صريح في التنصيص على قصر مهمة المركز المحكم على تسوية النزاع وديا طبقا لقانون الصلح والتحكيم، مما يجعل قضاء الهيئة التحكيمية بما ذكر يشكل تجاوزا لاختصاصها، ثم أيضا لأن (المقرر التحكيمي المطعون فيه) جاء ناقص التعليل فيما قضى به من :

» استبعاد للخبرة بعلة عدم دقتها وكونها ضعيفة الاستدلال العلمي والتقني»،

مع أنه كان على الهيئة التحكيمية إجراء خبرة جديدة، طالما أن الأمر يتعلق بمسألة تقنية

وفنية، وكذا لخرقه القواعد الإجرائية المتعلقة بأتعاب المحكمين والصوائر؛
إذ أنه جعلها

مناصفة بين الطرفين، رغم أنه سبق للطاعنة أن أدت واجبها فيما ذكر، ملتمسة تبعا

لذلك التصريح ببطلان المقرر التحكيمى المذكور. وبعد جواب المطعون ضده، وتبادل

المذكرات بين الطرفين، قضت محكمة الاستئناف التجارية برفض دعوى البطلان، والأمر

بتنفيذ الحكم التحكيمي وتحميل الطاعنة المصاريف، وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شان الوسيلة الأولى

حيث تنعي الطاعنة على القرار الخرق الجوهري للمقتضيات الاتفاقية والقانونية المتعلقة

بتشكيل الهيئة التحكيمية ويتعلق الأمر بالفصل 327 من ق م م وتحريف الوقائع وعدم

الارتكاز على أساس، بدعوى أنها تمسكت أمام المحكمة مصدرته:
» بخرق الهيئة

التحكيمية لمقتضيات الفصل 6/327 السالف الذكر واتفاق الطرفين». غير أنها اعتبرت

أن ذلك الدفع غير مؤثر، والحال أن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار المحكمين

وتحديد عددهم على أن يكون وترا، وتأسيسا على ذلك. فالمحكم الوحيد المعهود له

بالفصل في النزاع لما عين الأستاذة (....) كمساعدة له، يكون قد خالف المقتضى

السالف الذكر المتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية، وأخل بمبدأ سرية التحكيم، هذا علما

أن الطالبة تحفظت على ذلك منذ البداية، غير أن المحكم أفادها بأنها مجرد متدربة، إلا

أنها فوجئت بورود اسمها بالمقرر التحكيمي كمساعدة للمحكم، ولأجل ذلك يناسب

التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ردت ما أثير بموضوع الوسيلة

بما أوردته ضمن تعليلاته من:
«أن حضور الأستاذة (....) لجلسة 18/12/2016، كان

بموافقة الطرفين كما هو ثابت من الصفحة الثانية للحكم التحكيمي، التي جاء فيها

بالحرف (بتاريخ 18/ 02/2016 على الساعة الرابعة مساء، انعقدت الجلسة الثالثة بمقر

التحكيم، حضرها عن المدعية شركة تقنيات الري C ممثلها زص وكيله الأستاذ (...)

المحامي بهيئة مكناس، مدليا بوكالة خاصة بالنيابة موقعة ومصححة الإمضاء بتاريخ 08/02/2016 تحت عدد 2204، كما التحقت الأستاذة (....) بهيئة التحكيم للمساعدة بموافقة الطرفين .....)، فإن ممثل الطاعنة لم يدل بأي تحفظات في هذا الشأن، كما أن حضورها لم يكن له أي تأثير على سير الإجراءات أو في اتخاذ المحكم للقرار .. »، وهو تعليل غير منتقد، اعتبرت فيه- وعن صواب- أن موافقة الطالبة على حضور المساعدة السالفة الذكر التحكيم كمساعدة للمحكم وعدم تحفظها بشأن ذلك الحضور، يجعل سبب طعنها المؤسس على عدم قانونية تشكيل هيئة التحكيم غير ذي أثر على سلامة المقرر التحكيمي وهو منحى قانوني مبرر، يزكيه ما ثبت للمحكمة من اقتصار المساعدة المذكورة على دور المساعد للهيئة التحكيمية في إنجاز الإجراءات المتخذة من طرفها،

وعدم تأثيرها في سيرها أو فيما انتهت إليه بخصوص الخصومة التحكيمية من قرار، عن طريق المشاركة في الهيئة كعضو أساسي بما ينبئ عن تشكيل الهيئة المذكورة بكيفية غير قانونية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية

حيث تنعي الطاعنة على القرار خرق المقتضيات القانونية والاتفاقية المتعلقة باختصاصات المحكم والبت في النزاع بشكل مغاير لشرط التحكيم وعدم التقيد بإجراءات المسطرية التي اتفق عليها المحكم والأطراف والتفسير الخاطئ للفصل 319 من ق م م، بدعوى أنها تمسكت أمام المحكمة مصدرته:

«بتجاوز المحكم لاختصاصه المحدد بموجب

الشرط التحكيمي»، بيد أنها ردت ذلك بعلة :

» وجود وثيقة اتفاقية التحكيم وإبداء

الطاعنة لأوجه دفاعها أثناء سريان المسطرة»، والحال أن المشرع قرر بطلان الحكم التحكيمي كلما ثبت أن الهيئة التحكيمية لم تتقيد بالمهمة المسندة إليها في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم وأن نص البند 11 من العقد المبرم بين الطرفين على تسوية الهيئة التحكيمية للنزاع وديا طبقا لقانون الصلح ... كان يفرض على المحكم إيجاد صيغة ودية لحسم النزاع بدل تجاوز القنوات الحبية والغوص في كنه النزاع واحتساب

الغرامة التعاقدية وتأسيسها على ما ذكر، فإن المحكم بخوضه في البحث في إخلال المتعاقدين بالتزاماتها وانتهائه إلى القضاء على الطالبة بالغرامة والتعويض واحتسابه فوائد التأخير التي هي أمور تدخل في اختصاص القضاء الرسمي، يكون قد خاض في أمور النزاع، وتجاوز حدود اختصاصه، المتمثل في البحث عن صيغة ودية لتسوية النزاع، وبت في أمور لم يعهد له بالفصل فيها، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه بما نحا إليه في هذا الشأن قد خرق المقتضيات السالفة الذكر، ويتعين بالتالي التصريح بنقصه.

لكن حيث ردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه النعي موضوع الوسيلة بما جاءت

به من :

»أن الفقرة الثانية للفصل 319 من قانون المسطرة المدنية تنص على أنه (عندما يعرض التحكيم على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقا لنظامها)، وأن نظام التحكيم المعتمد من طرف المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ينص في مادته 14 على:

(أن الهيئة في جلستها الأولى وقبل نظر القضية تحرر محضرا يتم بموجبه تحديد مهمتها على أساس المستندات المقدمة من الطرفين)، وأن الثابت من أوراق الملف أن الطاعنة التي لجأت إلى المركز المذكور لإجراء التحكيم في نزاعها مع المطعون ضده وإصدار حكم تحكيمي يقضي بأدائه لها مبلغ 2.440.275.50 درهما، وقعت اتفاقية التحكيم، التي اتفق بموجبها الطرفان، خاصة في النقطة التاسعة، على أن يكون موضوع التحكيم هو النزاع الذي جاء مفصلا في عرض ادعاءات الطرفين في النقطة 15 منها، على أن يصدر المحكم حكما تحكيميا، ومن جهة أخرى، فإنه لما كان حاصل النزاع بين الطرفين، كما جاء في عرض ادعاءات الأطراف هو طلب الطاعنة الأصلي الرامي إلى الحكم لها بالمبلغ الموما إليه أعلاه، وطلب المطعون ضده الرامي إلى الحكم له بتعويض مناسب عن الخسارة والأضرار التي لحقت به، ولما كانت محاولة الصلح بينهما لم تسفر عن أي نتيجة نظرا لتمسك كل طرف بمطالبه، كما هو ثابت من الصفحة الثامنة من الحكم التحكيمي، فإن ما تدعيه الطاعنة من تجاوز المحكم لاختصاصه وبته في النزاع بشكل مغاير لاتفاق التحكيم

غير قائم على أساس، طالما أن المحكم استمد اختصاصه من وثيقة التحكيم وبت في النزاع وفق إرادة الطرفين"، وهو تعليل فضلا عن أن الطالبة لم تنتقده فيما تضمنه من أن فصل الهيئة التحكيمية في موضوع النزاع كان استنادا لطلبات الطرفين، التي بموجبها التمست الطالبة نفسها إصدار حكم تحكيمي يقضي على المطلوب بأدائه لها مبلغ 2.440.275.50 درهما، والتمس هذا الأخير الحكم عليها بأدائها له تعويضا مناسبا عن الخسارة والأضرار التي لحقت به، فإنه (التعليل) يساير واقع الملف، الذي بالرجوع إليه

يلفى أن الهيئة التحكيمية لم تبت في موضوع النزاع إلا بعد استنفادها لمحاولة الصلح التي لم تسفر عن أي نتيجة، وأن النقطة 15 من اتفاقية التحكيم الموقعة بين الطرفين تنص بكيفية صريحة على أن البت في النزاع يتم بمقتضى حكم تحكيمي، وتأسيسا على ذلك فالمحكمة باعتمادها التعليل السالف الذكر لإبراز صوابية ما انتهى إليه الحكم التحكيمي من فصل في موضوع النزاع، تكون قد أبرزت بما فيه الكفاية الأسس التي استمدت منها الهيئة التحكيمية تلك الصلاحية بعد فشل المحاولات الودية المجراة من طرفها للتسوية، دون أن تخالف إرادة الطرفين أو تتجاوز حدود اختصاصها، فجاء بذلك القرار غير خارق لأي مقتضى والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة

حيث تنعي الطاعنة على القرار خرق مقتضيات الفصل 327/23 من ق م م، وخرق حقوق الدفاع وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت ضمن أسباب طعنها بالبطلان بأن ما استند إليه المقرر التحكيمي في استبعاده لتقرير الخبرة من أنها ليست دقيقة وكونها ضعيفة الاستدلال العلمي والتقني :

» بأنه تعليل مجرد وناقص، فرد القرار المطعون فيه ذلك ب:

«أن مسألة تقييم الخبرة هي من الأمور التي تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة متى بررت ذلك»، والحال أن التعليل الذي اعتمده المقرر التحكيمي يعتريه نقص معد بمثابة انعدامه، لكونه مجرد استنساخ دون زيادة أو نقص لدفوع المطلوب، ودون أن يلتزم بمبدأ الحياد والشفافية اللازمين في مسطرة التحكيم ، علما أنه كان على الهيئة التحكيمية عوض سلوك المنهج المذكور إجراء خبرة جديدة، وبذلك يكون القرار المطعون فيه بما

انتهى إليه من رد لدفع الطالبة السالف الذكر قد أخطأ في تفسيره للفصل 2327/23،

وحرف وقائع النزاع، وانبنى على تعليل فاسد، مما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تعتمد في ردها لما أثير بخصوص

عدم أخد الهيئة التحكيمية بتقرير الخبرة الذي تمسكت به الطالبة بالتعليل الذي أوردته

الوسيلة فحسب، وإنما استندت في ذلك إلى تعليلات أخرى غير منتقدة جاء فيها:

» إن

البين من المقرر التحكيمي أن الهيئة التحكيمية لم تستبعد تقرير خبرة شركة (...) بالتعليل

المتمسك به من قبل الطاعنة، بل بتعليلها الوارد في الصفحة العاشرة من حكمها الذي

جاء فيه:

(إن الخبرة لم تحترم مقتضيات الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية ...)، وأنه

على خلاف الخبرة المنجزة من قبل شركة (...) فقد وجد المحكم في تقرير المختبر

العمومي للتجارب والدراسات المنجزة بحضور الأطراف وتقرير الخبرة المنجز من طرف

مختبر لابوروت المدلى به من قبل الطاعنة، ما يكفي من العناصر للاستئناس بها والبت

في النزاع ... »، وهو منحى قانوني سليم، أبرزت بمقتضاه أن خرق الخبرة المتحدث عنها

لمقتضيات الفصل 63 من ق م م يبرر من انتهت إليه الهيئة التحكيمية من طرح للخبرة

المذكورة وعدم الأخذ بها، معتبرة ، وعن صواب، أن توفر الهيئة المذكورة على خبرة

أخرى بالملف منجزة بكيفية حضورية بالنسبة للطرفين ومتضمنة للعناصر الكافية التي

من شأنها المساعدة على الفصل في النزاع كان كافيا لتبرير موقفها بعدم اللجوء لخبرة

جديدة، فلم تخرق بذلك أي حق من حقوق الدفاع أو تخطئ في تفسير أي مقتضى أو

تخرقه ولم تحرف أي واقع بشكل نتج عنه خرق قانوني، وجاء قرارها معللا تعليلا سليما

وكافيا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض لطلب وتحميل الطالبة المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة

الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

قرار رقم 258/2

المؤرخ في 25//04/ 7201

ملف مدني عدد 1814/1/2/2016

نزاع الشغل - تحكيم - إنهاء النزاع - طعن- رفضه

طبقا للفصل 307 من ق.م.م فإن اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، والمحكمة لا تكون ملزمة إلا بالرد على الدفوع التي لها تأثير على وجه الحكم، ولما كان الأمر كذلك وكان القرار المطعون فيه قد انتهى فيما قضى به إلى اعتبار عقد التحكيم قائما ومنتجا لكافة أثاره وله حجيته، يكون بالتالي قد أخذ بالعقد التحكيمي.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه بالنقض، أن « .... » ادعى بتاريخ 27/03/2013 أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بمقتضى مقال افتتاحي وآخرين إصلاحي وإضافي، أنه سبق أن اتفق مع «المجمع الشريف للفوسفاط» على عرض النزاع القائم بينهما في إطار مسطرة التحكيم، على أن ينصب موضوعه على التعويضات المستحقة له في إطار فسخ عقد الشغل، وأنه تم تعيين المحكم السيد أعظيم لحسن الذي أصدر مقررا تحكيميا بتاريخ 19/02/2013، وأنه يطعن بالبطلان في المقرر المذ كور

لأنه لم يحضر أي من جلسات التحكيم، إذ أن مسطرة التحكيم تستلزم إشعار الأطراف وتبليغهم تبليغا صحيحا بالعناصر المعتمدة في تقدير التعويض، وأخذ ملاحظاتهم بشأنها وعند اختلافهما يتدخل المحكم لإيجاد حل بينهما، وهذا ما يفتقر إليه قرار التحكيم

الذي جاء تجسيدا لإرادة المحكم وفي تغييب تام له إذ لم يعلم بالحكم التحكيمي، و تم تذييله بالصيغة التنفيذية قبل عرضه عليه، كما أنه يؤاخذ على القرار التحكيمي، خرقه لحق الدفاع، وأن لجوء المطلوب إلى مسطرة التحكيم كان بهدف التخلص منه باعتباره إطارا نقابيا، ومهندسا رئيسا، وأن الحكم أغفل هذه الجوانب التي تجد مرتكزها في مدونة الشغل والتي تجعل التعويضات تصل إلى الضعف إذا تعلق الأمر بمندوب نقابي، وأضاف أن المحكم لم يطبق قانون المناجم على اعتبار أن عمال المكتب الشريف للفوسفاط وأطره يخضعون لهذا القانون، وأن المحكم مفروض عليه تطبيق المقتضيات القانونية الواجبة التطبيق، وأن إغفاله لذلك هو خرق لحقوق الدفاع وماس بحقوقه الثابتة التي لا يمكن حرمانه منها تحت أي ذريعة، وكان المفروض في المحكم أن يعرفه بها وأن يطبقها بعدم حرمانه على الأقل من تقديم أوجه دفاعه الشيء الذي يصب في اتجاه إرضاء الطرف الآخر في العقد، كما أن القرار التحكيمي جاء غير معلل، لأن تعليل أحكام المحكمين ضرورة يقتضيها إعمال رقابة القضاء على هذه الأحكام صيانة لحقوق الدفاع، والتمس بطلان قرار التحكيم، وعقد التحكيم وقرار التذييل بالصيغة التنفيذية،

وبعد التصدي الحكم لفائدته بالتعويضات التالية :

(3.088.954.80) درهم عن الضرر - (4.158.202.38) درهم عن الفصل (1.761.93.01) درهم عن الإخطار. وبعد جواب المطلوب مع مقال مضاد بأن الطاعن لم يبادر إلى أداء الرسوم القضائية إلا بعد مرور أزيد من ستة أشهر على تبليغه بالمقرر التحكيمي والأمر القضائي بالتذييل، وأن المادة 528 من ق.م.م أوجبت على الطاعن تحت طائلة البطلان أداء الرسوم القضائية عند تقديم طعنه داخل الأجل القانوني، مما يجعل الطلب غير مقبول

شكلا، وفي الموضوع فإن الطرفين اتفقا على اللجوء إلى مسطرة التحكيم، وأن الطاعن توصل بكافة مستحقاته الناجمة عن إنهاء عقد الشغل بمقتضى قرار تحكيمي والمحدد مبالغها في (1.800.000.00) «مليون وثمانمائة ألف» درهم، كما أنه التزم بعدم إقامته لأية دعوى ضده وأن إقامته لهذه الدعوى بمثابة إخلال وتعبير عن التقاضي بسوء نية، ومخالف لمقتضيات الفصل 230- 231 من ق.ل.ع كما أن المقال الإصلاحي غير مقبول

شكلا لتضمينه طلبات جديدة لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وأن عقد التحكيم موقع من طرف المحكم ويحمل ختمه، وأن توقيع المحكم يكون ملزما في حالة اتفاق التحكيم الذي يكون في مرحلة سابقة على إدراج عقد التحكيم، وأن ما يدعيه من كونه وقع عقد التحكيم تحت الإكراه غير ثابت، والتمس رفض طلبات الطاعن والحكم له بتعويض يقدره في درهم واحد رمزي. أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 08/06/2015 تحت عدد 1926/2 في الملف عدد 1656/1207/2013، قرارا بقبول الطلبات الأصلي والإصلاحي والإضافي والمضاد شكلا ورفضها موضوعا، وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف (....).

فيما يتعلق بالوسيلتين الأولى والثانية مجتمعتين

حيت يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه انعدام التعليل وعدم الارتكاز على أساس، وخرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، ذلك أنه دفع في مذكرته المؤرخة 26/05/2014 ببطلان عقد التحكيم الذي على أساسه صدر المقرر التحكيمي المطعون فيه، باعتبار أن عقد التحكيم أبرم بتاريخ 29/01/2013، في حين أن واقعة الفصل المنشئة للحق في اللجوء إلى التحكيم لم تتحقق إلا في 1/2/2013 أي في وقت لاحق ويكون اتفاق التحكيم قد انصب على موضوع لم ينشأ بعد، مما يجعل المتعاقد بشأنه في جهالة بموضوعه ومداه، وأنه رغم جدية هذا الدفع وتأثيره على وجه الحكم لم يقع الجواب

عنه، كما أنه دفع بأن القانون أوجب تضمين عقد التحكيم موضوعه وأن موضوع النزاع ينصرف إلى إنهاء العلاقة الشغلية والالتزامات الناجمة عنها، في حين أن القرار المطعون فيه اعتد بالمبالغ المالية المحددة في ديباجة عقد التحكيم، إذ لا وجود لأي طلب أو مقال افتتاحي للدعوى التحكيمية؛

إذ أن المحكمة نزلت ما ورد في عقد التحكيم طلبا افتتاحيا، وأنه في غياب تقديم مطالب لا يمكن اعتماد قاعدة عدم تجاوز المطالب التي قدمها الأطراف، كما دفع ببطلان الحكم التحكيمي ومن خلاله عقد التحكيم كونه حدد مستحقات أقل مما يستحقه، مما يشكل مخالفة صريحة للفصل 73 من مدونة الشغل والتي تعتبر:

«باطلا لكل إبراء أو صلح يتنازل فيه الأجير عن أداء ما وجب لفائدته

بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه»، مما يكون معه عقد التحكيم مخالفا لمقتضى من

صميم النظام الاجتماعي، كما دفع ببطلان المقرر التحكيمي لخرقه مقتضيات الفصل

36/327 فقرة 7 لأن المحكم لم يتقيد بالإجراءات التي اتفق الأطراف على تطبيقها ومنها

الاتفاق على عقد جلسات التحكيم وكافة الإجراءات المتعلقة بهذه المسطرة بمكتب

المحكم، وأن الاستماع للطرفين سيكون أمام المحكمة بصفة تواجهية حضورية بينهما

أو انفرادية، وأنه بعد الإدلاء بالملف تبين عدم احتوائه أي وثيقة تفيد عقد الجلسة،

والاستدعاء للحضور والاستماع للطرفين، غير أن المحكمة ورغم وجاهة هذه الدفوع

لم تجب عنها، وبدل ذلك اكتفت بالرد بما ورد في وقائع الحكم التحكيمي :
« بأن

المحكم أورد ضمن وقائع الحكم بأنه استمع إلى الطاعن « .... » الذي صرح بأنه تم

تشغيله من طرف المجمع الشريف للفوسفاط مند 15/01/1990 وبسط مختلف مطالبه».

لكن من جهة أولى فإنه طبقا للفصل 307 ق.م.م وبمقتضاه فإن اتفاق التحكيم هو التزام

الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة

تعاقدية أو غير تعاقدية، وبالتالي يبقى ما تمت إثارته من أن عقد التحكيم أبرم بتاريخ

29 يناير 2013 وواقعة الفصل كانت بتاريخ 1 فبراير 2013 ما هو إلا تفعيل لمقتضيات

الفصل الآنف الذكر والمحكمة لا تكون ملزمة إلا بالرد على الدفوع التي لها تأثير على

وجه الحكم ولما كان الأمر كذلك وكان القرار المطعون فيه قد انتهى فيما قضى به إلى

اعتبار عقد التحكيم قائم ومنتج لكافة آثاره وله حجيته، فلا يعاب عليه عدم الرد على

الدفع المتضمن أن عقد التحكيم أبرم قبل حصول واقعة الفصل المنشأة للحق لأن في

أخذها بالعقد التحكيمي ردا ضمنيا على ما تمسك به الطاعن، ويبقى القرار مرتكزا على

أساس قانوني سليم كما لا مجال لإعمال الفصلين 314 و315 من ق.م.م على اعتبار أن

مقتضياتها لا تنطبق على النازلة. ومن جهة ثانية فإن ما أثاره الطاعن بخصوص الطعن في

عقد التحكيم المبرم بين طرفي عقد الشغل على إثر إنهاء العلاقة الشغلية بينهما وفسخها،

فإنه كان عليه عرض الأمر على الهيئة التحكيمية قبل البت في موضوع التحكيم، أما وأنه

قبل فض النزاع عن طريق التحكيم كحل بديل لحل النزاع، فإنه لا يجديه الطعن تبعا للفصل 327-9 من ق م م، إذ أن الأمر الصادر عنها يكون غير قابل للطعن، كما أن ما أثير في هذا الخصوص ليس من شأنه أن يمس بصحة عقد التحكيم المستدل به تمهيدا لما قد يترتب عنه من آثار بصدور الحكم التحكيمي الذي حدد له المشرع أسبابا خاصة بالطعن في مقتضياته، إضافة إلى ذلك فإن الطاعن لم يكشف عن وجه النعي الذي يعيبه على القرار بشأن خرق البند الأول من عقد التحكيم، إذ يتعين عليه تبيان وجه الخرق حتى يمكن لمحكمة النقض من بسط رقابتها على تعليل قضاة الموضوع، وأن الثابت من أوراق الملف أن الأمر يتعلق بحل نزاع نشأ بين طرفي العلاقة الشغلية عن طريق التحكيم كحل بديل لحل منازعة الشغل الفردية لما يتميز به هذا الإجراء من سرعة البت والوصول إلى الحق بأقرب السبل بدل التقاضي أمام المحاكم، وما قد يترتب على ذلك من الالتزام بالإجراءات المسطرية أمامها والتي قد تطول أحيانا، خاصة أن الطاعن نفسه ومن خلال عقد التحكيم المستدل به وافق وقبل إعفاء المحكم من إتباع الإجراءات المسطرية المعمول بها وفق قانون المسطرة المدنية، مما يؤكد صراحة

عن رغبته الأكيدة في الحصول على حقه في أسرع وقت. ومن جهة أخرى فإن الصلح ليس هو التحكيم وأن آثار كل واحد منهما تختلف عن الآخر، وفي نازلة الحال لا مجال للاستدلال بمقتضيات المادة 73 من مدونة الشغل وكون عقد التحكيم مخالفا لمقتضى من صميم النظام الاجتماعي لأن مقتضيات المادة أعلاه تخص الصلح الذي تم إلغاء العمل به في ظل المدونة وعوض بالصلح التمهيدي المنصوص عليه في المادة 41 و532 منها تحت طائلة إتباع إجراءات مسطرية محددة بالمادتين المذكورتين، وبالتالي فلا مجال لإثارة المقتضى القانوني الخاص بمخالفة مفهوم النظام الاجتماعي؛ لأن النازلة لا تخص الصلح بل التحكيم والذي عبر فيه الطاعن وعن إرادة حرة واضحة بقبوله وموافقته على الإشهاد بتوصله بجميع مستحقاته عن الفترة الشغلية التي قضاها لدى المطلوب في النقض بمقتضى الحكم التحكيمي والذي تضمن بأنه حين قبوله للمبلغ كان في كامل قواه العقلية وبدون أي ضغط أو إكراه إضافة إلى المصادقة على الإشهاد ما يبين

بأنه وبعد نشوء النزاع فضلا اللجوء إلى التحكيم؛
أي أنه لم يبق هناك أي مجال للقول

بالضغط المعنوي أو الإكراه الممارس على الطاعن مادام هذا الأخير قد تحلل من أهم عنصر يخص عقد الشغل ألا وهو عنصر الرقابة والتوجيه و .... لأن العلاقة الشغلية قد انتهت وإرادته كانت حرة باعتماده للتحكيم كإجراء لحل النزاع، ويبقى ما ورد ما بقي بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

لأجله

قضت محكمة النقض برفض الطلب مع تحميل الطاعن الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار رقم 384

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 05/02/2015

في الملف الاجتماعي رقم 1261/5/1/2014

مسطرة الصلح التمهيدي، إجراء اختياري بالنسبة للأجراء

إن ما أثارته الطالبة بخصوص عدم احترام مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في المادة 41 من مدونة الشغل، فإن هذا الإجراء يعتبر اختياريا، وليس الزاميا، غاية المشرع منه هي الحصول على تعويض الضرر بأسرع السبل وفي أقرب الآجال، وما دام المطلوب وبقية الأجراء فضلوا اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات عن الضرر وتوابعه، فلا ضير في ذلك، ويبقى ما خلص إليه القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي معللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه أن المطلوب تقدم بمقال افتتاحي يعرض فيه أنه اشتغل لدى المدعى عليها منذ 16/7/2009 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية بتاريخ 07/6/2021، ملتمسا الحكم له بمجموعة من

التعويضات، وبعد الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى له

بتعويض عن الضرر والإخطار والأجرة والعطلة السنوية مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل

بخصوص الأجرة والعطلة السنوية، وتحميل الطرفين الصائر على النسبة يصفى نصيب

المدعي في إطار المساعدة القضائية، ورفض باقي الطلبات، استؤنف أصليا من طرف

المشغلة، فرعيا من طرف الأجير، وعلى إثر ذلك أصدرت محكمة الاستائناف قرارا

يقضي بتأييد الحكم المستأنف، وتحميل كل مستأنف صائر استئنافه يصفى مع الأجير

في نطاق المساعدة القضائية وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى والفرع الثاني من الوسيلة الثانية

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه، خرق القانون وذلك بخرق المادتين 50 و 270 من

قانون المسطرة المدنية، ذلك أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الإبتدائي فيكون تبنى

حيثياته وأسبابه، وإن الحكم الابتدائي خرق القانون الداخلي وبصفة خاصة الفصلين 50

و 270 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الفصل 50 في فقرته الثالثة الذي يحدد طريقة

صدور الأحكام ينص على أنه :

« يشمل على اسم هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم

واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره واسم كاتب الضبط، وكذا أسماء المستشارين

عند الاقتضاء في القضايا الاجتماعية وينص الفصل 270 فقرة أولى من ق.م. م على أنه:

« يشارك المحكمة عند البت في النزاعات المتعلقة بالشغل أو الخلافات الناشئة بين

المشغل والأجير أربعة مستشارين متساوين بين المشغلين والمأجورين أو العملة».

وينص في فقرته الثالثة على أنه:

» في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى يحق

للمحكمة أن تبت دون مشاركة المستشارين إذا كان عددهم غير كاف».

وإنه بقراءة الحكم الابتدائي المؤيد استئنافيا يتبين أنه غيب بصفة نهائية الإشارة إلى

مسألة المستشارين الاجتماعيين المفروض أن يشاركوا مع القاضي الابتدائي في إصدار

الأحكام في جميع القضايا المتعلقة بالشغل، أو الخلافات الناشئة بين المشغل والأجير،

ولا يعفي المحكمة من إشراكهم إلا إذا كان عددهم غير كاف.

وأن الحكم الابتدائي لم يشر بصفة نهائية إلى المستشارين الاجتماعيين وما إذا تعذر استدعاؤهم أو أن عددهم كان غير كاف حتى يتمكن القاضي الابتدائي من البت في قضايا نزاعات الشغل لوحده، مما يكون معه الحكم الابتدائي قد صدر عن هيئة قضائية مشكلة بصفة غير نظامية، وأن القاضي الابتدائي بت في قضية اجتماعية بمفرده وخرق مقتضيات المادتين أعلاه مما يعرضه للنقض.

كما تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه انعدام التعليل والمتمثل في أن المحكمة استنتجت قرارها بالطرد ولم تعلله وذلك ثابت من خلال إشارتها لحق الخيار المخول لها في الفصل 41 من مدونة الشغل، فالإشارة إلى هذا الخيار، إما إرجاع الأجير إلى عمله أو الحكم له بالتعويضات بدلا من إرجاع الأجير لعمله، وأن حق الخيار والمخول بموجب الفصل 41 من مدونة الشغل الذي فعلته المحكمة الابتدائية بموجب حكمها هو أيضا جزء من الحكم، ويستوجب أن يكون معللا تعليلا كافيا وسليما، فإذا لم تشر إليه المحكمة فهي غير ملزمة بتعليليه، أما وأنها اشارت له فيجب عليها أن تعلل خيارها، وهي بذلك مراقبة من طرف محكمة النقض، وأن المحكمة فعلت الخيار واعتبرت الأجير مفصولا من عمله ومنحته التعويضات بدل أن تختار له الرجوع إلى العمل، بعدما تبين لها أن طلب الإغلاق الجزئي تم رفضه والمقاولة أصبحت ملزمة بالمحافظة على مناصب الشغل دون أن تعلل خيارها، مما يكون معه حكمها بدون تعليل ويتعين نقضه.

لكن، حيث إن ما أثير بشأن عدم الإشارة في الحكم الابتدائي إلى المستشارين الاجتماعيين، سواء بشأن تعذر استدعائهم أو أن عددهم غير كاف حتى يتمكن القاضي الابتدائي من البت في قضايا نزاعات الشغل دون حضورهم.

وكذلك عدم تعليل المحكمة الابتدائية لحق الخيار المخول لها بموجب الفصل 41

من مدونة الشغل، والذي فعلته بموجب حكمها عندما قضت للأجير بالتعويضات بدل الرجوع إلى العمل كل هذه الدفوع لم يسبق إثارتها أمام قضاة الموضوع ليعرف رأيهم فيها، مما لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض.

مما تبقى معه الوسيسلة الأولى والفرع الثاني من الوسيلة الثانية غير مقبولين لاختلاط الواقع فيهما بالقانون.

...... ٠٠

كما تعيب الطالبة على القرار، تقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنها أدلت أثناء المرحلة الابتدائية والاستئنافية بالقرار العاملي رقم 39 الصادر عن والي جهة الغرب الشراردة بني حسن، عامل إقليم القنيطرة الذي يتضمن توصيتينن الأولى:

رفض طلب الإغلاق

الجزئي، والثانية إحالة الأطراف على مسطرة الصلح التمهيدي طبقا لمقتضيات الفصل 41 من مدونة الشغل، وإن القرار العاملي صدر بتاريخ 24/12/2012، أي أن قرار العامل سابق لقرار المحكمة الابتدائية بأربع أشهر، والمحكمة في تعليلها لم تأخذ من هذا القرار إلا الجزء المتعلق برفض الإغلاق الجزئي وأهملت الجزء المتعلق بإحالة الأطراف على مسطرة الصلح التمهيدي طبقا للمادة 41 من مدونة الشغل، وأنه كان على المحكمة قبل أن تقضي للأجير بالتعويض عن الضرر، أن تفعل التوجيه الثاني في القرار العاملي وتوقف البت إلى غاية استنفاذ مسطرة الصلح التمهيدي، وأن لا تحكم بالتعويض عن الضرر، وأن المحكمة أهملت هذه التوضيات الاجتماعية موضوع القرار العاملي وقضت بالتعويض عن الضرر دون أن تعلل حكمها فتكون قد عرضت للنقض.

لكن خلافا، لما عابته الطالبة على القرار، فمن جهة أولى فإن المادة 66 من مدونة الشغل تنص على أنه:

« يجب على المشغل في المقاولات التجارية أو الصناعية أو الاستغلالات الفلاحية أو الغابوية وتوابعها ..... والذي يعتزم فصل الأجراء كلا أو بعضا

لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها، أو لأسباب اقتصادية، أن يبلغ ذلك لمندوب الأجراء والممثلين النقابيين بالمقاولة عند وجودهم قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ

الشروع في مسطرة الفصل وأن يزودهم في نفس الوقت بالمعلومات الضرورية التي لها علاقة بالموضوع بما فيها أسباب الفصل، وعدد وفئات الأجراء المعنيين والفترة التي يعتزم فيها الشروع في الفصل .... تحرر إدارة المقاولة محضرا تدون فيه نتائج المشاورات والمفاوضات المذكورة يوقعه الطرفان وتسلم نسخة منه لمندوب الأجراء وتوجه نسخة أخرى إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل».

كما تنص المادة 67 على أنه:

« يتوقف فصل العاملين في المقاولات المشار غليها

في المادة 66 أعلاه كلا أو بعضا لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها أو لأسباب اقتصادية على إذن يجب أن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم في أجل أقصاه شهران من تاريخ تقديم الطلب من طرف المشغل إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل ... »

والثابت من معطيات النازلة أن الطالبة قامت بفصل الأجير قبل حصوله على إذن العامل الذي يعتبر ضروريا في نازلة الحال مادام الأمر يتعلق بفصل لأسباب اقتصادية حالت دون تمكينها من الاستمرار في نشاطها حسب إقرارها.

كما تبين من وثائق الملف أنه خال كذلك مما يفيد أن المشغلة أبلغت مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالشركة عن عزمها فصل الأجراء قبل مكاتبة العامل بشأن الإغلاق الجزئي لمقرها.

وأن القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي لما قضى بما يلي:

» إن الثابت من وثائق

الملف أن المستأنفة قامت بفصل المستانف عليه بتاريخ 24/7/2012 وذلك قبل مباشرتها للإجراءات الإدارية، ولم تنتظر استكمال هاته الإجراءات والحصول على إذن العاملفي الموضوع والذي صدر لاحقا وقضى برفض الطلب بعدما كانت المستأنفة قد قامت

بفصل الأجيرة من العمل وبالتالي فإنها لم تطبق مسطرة الفصل المنصوص عليها وجوبا في المادة 66 وما بعدها من المدونة، ويعتبر قرارها بإنهاء علاقة الشغل بشكل انفرادي قبل الحصول على الإذن الإداري يتسم بطابع التعسف يخول للمستأنف عليها الحق في التعويضات الثلاثية ... »

يكون ما انتهى إليه معللا تعلايلا كافيا ومبنيا على أساس قانوني، مما يبقى معه ما أثير

في الفرع الأول من الوسيلة الثانية والفرع الأول من الوسيلة الثالثة على غير أساس.

ومن جهة ثانية، فإن ما أثارته الطالبة بخصوص عدم احترام مسطرة الصلح التمهيدي

المنصوص عليها في المادة 41 من مدونة الشغل، فغن هذا الإجراء يعتبر اختياريا، وليس

إلزاميا، غاية المشرع منه هي الحصوص على عويض الضرر بأسرع السبل وفي أقرب

الآجال، ومادام المطلوب وبقية الأجراء فضلوا اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات

عن الضرر وتوابعه، فلا ضير في ذلك.

ويبقى ما خلص إليه القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي معللا تعليلا كافيا وما أثير

في الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ أعلاه بقاعة الجلسات

العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة رئيسة

الغرفة مليكة بنزاهير رئيسة، والمستشارين السادة :

مريم شيحة مقرراة ، والمصطفى

مستعيد، وأنس لوكيلي أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد احمد الموساوي،

وكاتب الضبط السيد سعيد احماموش .

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

القرار عدد 730

الصادر بتاريخ 24 يوليوز 2018

فى الملف الاجتماعي عدد 960/5/1/2017

تحكيم - نزاع شغل - مقرر تحكيمى - نطاقه

لئن كان الصلح والتحكيم من الحلول البديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد

نظرا لطابع السرعة والحصول على الحق بأقرب السبل، فإنه يعتد بهما في حدود ما

تم الصلح أو التحكيم بشأنه، والمحكمة لما اعتبرت أن الطلبات موضوع النزاع لا

تدخل ضمن ما سبق البت فيه سواء تعلق الأمر بالصلح التمهيدي أو بمقتضى مقرر تحكيمي لأنها طلبات أصيلة لا تندرج ضمن مقتضيات الفصل 23 من ق.م.م حتى لا يمكن المطالبة بها مرة ثانية، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما، وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه، ادعاء المطلوب بمقتضى مقال افتتاحي ومقالين إصلاحيين أنه اتفق والمدعى عليها - بناء على حكم تحكيمي - على التقاعد النسبي، والتزمت بتمتيعه بكافة الامتيازات التي تمنحها لعمالها المتقاعدين

وفق مقتضيات البند الخامس من عقد التحكيم، إلا أنها لم تف بالتزاماتها، رغم إنذارها، ملتمسا الحكم بتمتيعه بكافة الامتيازات، إجراء محاولة الصلح، الآمر بإجراء خبرة حسابية للاطلاع على الكنانيش الممسوكة من طرف المشغلة بحضوره واحتساب الامتيازات التي يتمتع بها العمال المتعاقدون وهي منحة عيد الأضحى، ومنحه مصاريف عاشوراء مصاريف التمدرس، ومنحة البنزين الحج والحكم له بمبلغ 1000 درهم شهريا عن منحه البنزين ابتداء من تاريخ تقاعده إلى تاريخ صدور الحكم حسب 70 لترا، وكذا منحة واجب التمدرس ومصاريف عاشوراء حسب 1000 درهم سنويا، وتعويضا عن عدم استفادته من السفر إلى الديار المقدسة، والحكم له كذلك بتعويض عما يستحقه من صندوق الشؤون الاجتماعية C.O.S حسب 200 درهم شهريا، وفي المقال الإصلاحي الثاني التمس الحكم له بمنحه صندوق الشؤون الاجتماعية عن المدة من 1976 إلى تاريخ تقاعده، كما تقدمت الطالبة بمقال مضاد ملتمسة الحكم على المدعى عليه (المطلوب) باسترجاع المبالغ التي ظل يستفيد منها عن طريق الخطأ من الامتيازات المذكورة في قانون 1995 على اعتبار أن دورية 2001 لم تعط للمتقاعدين الحق في الاستفادة إلا من التأمين. وبعد تمام الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء برفض الطلب، وبعد استعمال حق الطعن بالاستئناف، ألغته فيما قضى به من

رفض الطلب، وبعد التصدي قضت على الطالبة بأداء المبلغ المودع بصندوق الشؤون الاجتماعية لفائدة المطلوب، وهو القرار محل الطعن بالنقض.

في شأن وسائل النقض مجتمعة

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، ذلك أنه طبقا للفصل 345 من قانون المسطرة المدنية يجب أن يتضمن القرار الإشارة إلى ذكر أسماء الأطراف أو وكلائهم عند الاقتضاء، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه أشار

بأن محامي الطالبة هو الأستاذ عز الدين (ك)، ويكون بذلك خرق مقتضيات الفصل 345 لعدم الإشارة إلى محامي الطالبة، كما تعيب على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، فضمن الوجه الأول من الوسيلة عابت على المحكمة بأنها ردت الدفع بالتقادم المبني على مقتضيات المادة 395 من مدونة الشغل، بعلة أن الأمر يتعلق بتنفيذ التزام يخضع للتقادم الخاص بالدعوى الناشئة عن الالتزام طبقا لما هو منصوص عليه بالفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود، لكنها من جانب آخر ردت الدفع المتعلق بعدم أداء الرسوم القضائية عن طلب الاستئناف، استندت إلى مقتضيات الفصل 273 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على أن العامل يستفيد من المساعدة القضائية مدعيا أو مدعى عليه في كل دعوى بما في ذلك الاستئناف، فتكون المحكمة قد سقطت في التناقض في التعليل، لأنها ردت الدفع بالتقادم على أساس أن دعوى المطلوب هي دعوى مدنية، وردت الدفع بعدم أداء الرسوم القضائية على أساس أن الدعوى اجتماعية، وهو ما يعد معه التعليل فاسدا يؤدي إلى بطلانه، وضمن الوجه الثاني من الوسيلة ذاتها، فان المحكمة اعتبرت أن المطلوب في النقض من حقه إقامة دعوى ضد مشغله بناء على عقد شغل تم فسخه بمقرر تحكيمي قبل به المطلوب، وهو ما يخالف مقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن صدور مقرر قضائي نهائي بين نفس الأطراف له قوة الشيء المقضي به، وأن الفصل 327/26 من قانون المسطرة المدنية يعتبر أن المقرر التحكيمي بعد صدوره يصبح له حجية الشيء المقضي به، كما أن الفصل 23 من قانون المسطرة المدني منع من تقديم أي طلب جديد، وهو ما يجعل قرار المحكمة

مخالفا للقانون ومعرضا للنقض.

وتعيب الطاعنة على القرار أنه اعتبر شركة (...) تتوفر على صندوق للشؤون الاجتماعية أوجد به مبالغ مستحقة للمطلوب في النقض، وهي دين مستحق له، معللا واقعة وجود الصندوق بالاعتماد على قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13/03/2013 تحت عدد

401 في الملف الاجتماعي عدد 1029/3/1/2009، في حين أن ما سمي بظهير تأسيس صندوق الشؤون الاجتماعية لدى شركة (...) لا وجود له أصلا، لا في ملف القضية ولا في ملف القضية التي صدر بشأنها قرار محكمة النقض، وأنها نازعت في حقيقة وجود الظهير المذكور، كما نازعت في وجود دورية وزارية صادرة لتطبيقه، وأن المطلوب لم يدل بأصل الظهير ولا بأصل الدورية المزعومة، وأنه اكتفى بالإدلاء بقرار تمهيدي لنزاع لم يكن طرفا فيه يشير إلى الظهير وإلى الدورية المزورين، بينما الملف الذي صدر فيه القرار التمهيدي ليس بها لا الظهير ولا الدورية، وقد تأكد بأنه لا وجود للظهير ولا الدورية، وأن شروط تطبيق الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود غير متوفرة، لأن الحجية لا تثبت إلا للمنطوق ويجب أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة بنفس الصفة، لذلك يكون القرار لما علل وجود الصندوق بناء على ما ورد خطأ في القرار المذكور، يكون قد خرق مقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود، مما يعرضه للنقض.

وضمن الفرع الرابع من الوسيلة الثانية تعيب على القرار اعتماده على دوريات صادرة عن الطالبة معتبرا أنه بناء على تلك الدوريات يحق للمطلوب المطالبة بما سماه بالمبالغ المودعة بصندوق الشؤون الاجتماعية، في حين أن الدوريات المذكورة في القرار لا تتعلق بالعمال الذين كانوا في نزاع مع الطالبة على إثر طردهم من العمل، وما ترتب عن ذلك من صدور المقرر التحكيمي، وإنما يتعلق بالعمال النشيطين الذين يحالون إلى التقاعد، أي الذين انتهى عقد عملهم بصفة قانونية وليس من بينهم المطلوب في النقض الذي انتهى عقد عمله بمقتضى مقرر تحكيمي، لذلك لا يمكن التمسك بالدوريتين لأنهما صدرتا بعد طرد المطلوب من الشركة، وأن تقرير الخبرة أعطى تأويلا خاطئا لكلمة (...) المذكورة في الدورية 2327، زاعما أن تلك الصيغة تعني المتقاعدين في حين أن كلمة

تعود على (...) وليس على المستخدمين، وأن الدورية رقم 2359 التي أتت بعدها تتعلق بكل مستخدمي (...) الحالية أي مستخدمي الشركتين معا، وأن القرار المطعون فيه لم

يبين كيف ثبت له أن المطلوب في النقض تقاعد من عمله والحال أنه طرد بمقتضى المقرر التحكيمي.

وضمن الفرع الخامس من الوسيلة الثانية، تعيب على القرار أنه رد الطعن بالزور الفرعي على أساس أن الصندوق موجود بمقتضى ظهير المذكور بقرار محكمة النقض المشار إليه سابقا، في حين لا وجود للظهير بالملف، وأن الزور الفرعي وجه ضد تقرير الخبرة الذي يتضمن وقائع غير صحيحة خلص فيها إلى إعطاء حقوق للمطلوب غير محق فيها، ولا يشترط في الطعن بالزور توكيل خاص وفقا للفقرة 01 من الفصل 30 من قانون المحاماة لأن الطلب غير منصب على إنكار خط يد أو طلب يمين أو قلبها، ولا ينصب فقط على الوثائق التي يدلي بها الأطراف ، وإنما ينصب أيضا على المستندات التي تعتمدها المحكمة في إصدار حكمها طبقا لما ينص عليه الفصل 92 من قانون المسطرة المدنية، وأن الخبير اعتمد على ما سماه بمحضر للمفوض القضائي الذي اطلع لدى الأمانة العامة للحكومة على دورية لم يشر إلى رقمها تحمل تاريخ 11/05/1976 وأن تلك الدورية غيرت بواسطتها دورية أخرى رقم 2327 مؤرخة في 14/09/2000، بينما المطلوب وغيره أسس دعواه على أساس وجود ظهير غير موجود أنشأ صندوق الشؤون الاجتماعية، وأن التزوير المرتكب من طرف الخبير يتجلى في كونه اعتمد على دورية ليس لها أي أثر قانوني، إضافة إلى ذلك فإن الدورية لا تتعلق بالمتقاعدين وبالأحرى المطرودين المستفيدين من مقرر تحكيمي، وأن القرار المطعون فيه لم يبين ولم يبرز لماذا استبعد تقريرين لخبيرين أكدا عدم وجود الظهير واعتمد تقرير خبير واحد خلص إلى نتيجة وجود الظهير دون أن يدلي بأي حجة، ولم يرد على ما سبق للطالبة أن تمسكت به، مما يكون معه غير مرتكز على أساس، ويعرضه للنقض.

وتعيب الطالبة على القرار المطعون فيه انعدام التعليل وانعدام الأساس القانوني بدعوى أنه أعطى للمطلوب الحق فيما أسماه بالتعويضات من صندوق الشؤون الاجتماعية من جهة، بينما رفض حقه في التعويض عن البنزين والوقود من جهة أخرى، بناء على الامتيازات التي سنها النظام الأساسي لسنة 2001، وهو نظام لاحق لمغادرة المطلوب لعلمه بسبب التقاعد، مع أنه ثبت للمحكمة مصدرته أنه لا وجود في الدورية رقم 2327 ولا في الدورية رقم 2359 ولا في النظام الأساسي لسنة 2001 لأي مقتضى يعطي المطلوب أي حق في التعويضات التي يطالب بها وهذا يظهر من تعليلها أنه:

«من الملاحظ أن الدورية رقم 2327 بتاريخ 14/9/2000 وكذا القانون الجديد للمستخدمين لسنة 2001 والدورية المتعلقة به رقم 2359 بتاريخ 23/5/2001 لم يتناولوا أي مقتضى من مقتضياتهم حقوق وامتيازات المتقاعدين قبل سريان مفعول الدوريتين المذكورتين وكذا القانون الأساسي الجديد ... »

وانتهت إلى أنه:

«ليس من حقه الاستفادة من قانون سنة 2001 لذلك فإن مطالبتهم بمنحة الوقود أو التمدرس في شكلها الجديد بعد الزيادة فيها في غير محلها ويكون طلبهم بشأنها عرضة للرفض». إلا أنها اعتبرت مع ذلك أنه من حق المطلوب الاستفادة بما سمي بالتعويضات من صندوق الشؤون الاجتماعية الذي يخضع هو كذلك لنفس النظام الأساسي لسنة 2001، رغم أنه لم يثبت أي وجود فعلي وقانوني لا للدورية المؤرخة في 11/5/76 والتي لم يدل بأصلها للتأكد من صحتها ولا للصندوق المذكور، ولا أن المطلوب كان يساهم فيه قبل تقاعده وأنه وإن تم التسليم بوجود الدورية المذكورة التي لا يمكن أن تخضع لها شركة خاصة كالطالبة، فإنها حددت تعويضا يوازي السنة الجارية المغادرتهم المقاولة والحال أن المحكمة قضت لهم منذ سنة 1977 وخرجت بذلك عن دورية 1976، وهي بهذا المنحنى تناقضت تناقضا واضحا في موقفها إذ كيف يمكن لمتقاعد غادر شركة لما يزيد على 6 سنوات أن يطالب بامتيازات على فرض وجودها تتعلق بعمالها الجدد وما يؤكد التناقض في تعليلها أنها أوردت « ... فإن دورية 2001 رفعت

قيمة الامتيازات كما أنها لم تستثن المتقاعدين» غير أنه يتضح من القرار أن المتقاعد غير مذكور وغير معني بالدورية المؤرخة في 2001 التي تهم العمال النشطين فقط وهذا ما أكدته خبرة السيد (...) إذ انتهى في تقريره إلى أن الدورية 2001 لا تتعلق بالمطلوب باعتباره متقاعد وهي نفس النتيجة التي انتهى إليها الخبير (ط)، إلا أن القرار اعتبر أن سكوت دورية 2001 تعني أنهم يستفيدون منها وهو الأمر المخالف لأي منطق أو قانون ومن ثم وإضافة إلى التناقض يكون قد خرق مقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود المتضمنة للقاعدة الجوهرية الناجمة على أن إثبات التزام على من يدعيه ومن ثم فهو غير محق كذلك في التعويض عما سمي بصندوق الشؤون الاجتماعية مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، خلافا لما نعته الطاعنة على القرار، فمن جهة أولى، فإن القرار المطعون فيه قد أشار إلى جميع مذكرات ومستنتجات الطالبة المدلى بها خلال سريان المسطرة، وأجاب عن جميع الوسائل المثارة، وأن إشارته بديباجة القرار إلى أن محامي الطالبة هو الأستاذ عز الدين (ك) بدلا من الأستاذ عبد الكبير (ط)، يعد من قبيل الأخطاء المادية التي يمكن تداركها بطلب تصحيحها، كما يمكن أن يكون سببا لطلب إعادة النظر إذا كان من شأن الخطأ التأثير على نتيجة القرار، ولا يعد سببا من أسباب طلب النقض، فتكون الوسيلة غير مقبولة.

ومن جهة ثانية، فإن كان كل من الصلح والتحكيم من الحلول البديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد نظرا لطابع السرعة والحصول على الحق بأقرب السبل، فإنه يعتد بهما في حدود ما تم الصلح أو التحكيم بشأنه، أما والحال أن الطلبات التي هي موضوع النزاع لا تدخل ضمن ما سبق البت فيه سواء تعلق الأمر بالصلح التمهيدي أو بمقتضى مقرر تحكيمي بل هي طلبات أصيلة لا تندرج ضمن مقتضيات الفص 23 من ق.م.م

حتى لا يمكن المطالبة منها مرة ثانية، خاصة أنها تهم تعويضات تخص الأرباح العائدة للإجراء من جراء التغطية الاجتماعية التي خصتها لهم الطاعنة من أجل تشجيعهم على الرفع بمستوى الإنتاج واستمرارية المقاولة، وبالتالي لا دخل لها بالتعويضات التي سبق

أن استفاد منها الأجير على إثر إنهاء العلاقة الشغلية ولا تخضع لمقتضيات المادة 395 من مدونة الشغل بل للقواعد العامة.

ومن جهة ثالثة، فان المحكمة وبناء على الدورية الوزارية المدلى بها في الملف المؤرخة بتاريخ 11/5/1976 والتي يبدأ سريانها بتاريخ 1/1/1974 فإنها تعطي الحق للأجراء المتقاعدين في الاستفادة من الأرباح المخصصة للمستخدمين وهو 1% من أرباح النشاط الاجتماعي توزيع سنويا على أساس 50% تؤدى لهم نقدا و50% تؤدى لصندوق الأعمال الاجتماعية. والمحكمة لما اعتمدت في ذلك على الدورية الوزارية المشار إليها أعلاه، فذلك بناء على وجودها ضمن الوثائق المدلى بها في الملف إضافة إلى أن ادعاءها بعدم وجود أي صندوق للشؤون الاجتماعية فإنه دفع مردود أمام إقرار ممثلها القانوني بذلك خلال جلسة البحث المنجزة ابتدائيا، أما بخصوص خرق القرار للفصول 400 9-1 417 و-2 417 من ق.م.م فلم يسبق إثارته أمام قضاة الموضوع بل أثير لأول مرة أمام محكمة النقض وهو دفع يختلط فيه الواقع بالقانون، وأن كل ما تقدمت به من دفوع يخص فقط وجود الدورية من عدمها أصلا، أما والقول حسب دفع الطاعنة بأنها لا تهم الأجراء المطرودين، فبالرجوع سواء إلى الصلح التمهيدي فإنه تضمن ضمن ديباجته أن الإنهاء تم في إطار إعادة الهيكلة للمقاولة وكذا المقرر التحكيمي الذي تضمن هو الآخر توقيف عقد الشغل مع المطلوب في النقض من طرفها، مما يستخلص منه أن الإنهاء لم يكن بإرادة الأجير بل يرجع إلى أسباب تخص الطاعنة والتي لابد له فيها مما تبقى معه الوسيلتان غير جديرتين باعتبار.

ومن جهة رابعة، فإنه طبقا للفصل 92 من قانون المسطرة المدنية فإن دعوى الزور الفرعي ينبغي أن توجه ضد المستندات التي يقدمها الخصم تعزيزا لدعواه، وأن الطالبة في نازلة الحال قدمت طلب الزور الفرعي ضد تقرير الخبير المنتدب من طرف المحكمة، وقد حدد المشرع سبيلا آخر للطعن في تقرير الخبير أو القرار التمهيدي القاضي بانتدابه، ضمن الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية، وأن المحكمة حين لم تلتفت إلى هذا الدفع، فذلك لكونه غير مناسب للمقتضيات القانونية المستدل بها، وتكون قد ردته

ضمنا.

ومن جهة خامسة، فإنه طبقا لمقتضيات الفصل 441 والفقرة الأخيرة من الفصل 442، فان النسخ المأخوذة عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) تكون لها نفس قوة الإثبات لأصولها، ولا يحتاج الأمر إلى الإشهاد على مطابقتها للأصل، ما لم يظهر منها ما من شأنه أن يثير الريبة، بخلاف الوثائق الرسمية أو العرفية المنجزة من طرف الخواص، وأن المحكمة لما اعتمدت صورة شمسية من تعريب لوثيقة صادرة عن السيد الوزير الأول، لا يوجد بها ما يربها، تكون قد طبقت المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه تطبيقا سليما، ويبقى هذا الفرع من الوسيلة غير مرتكز على أساس قانوني.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض لطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

536

مجلة الوكالة القضائية للمملكة

عدد خاص

القرار عدد 739

الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2017

في الملف التجاري عدد 174/3/3/2017

تحكيم - طبيعة الإجراءات الوقتية والتحفظية التى يختص بها قاضى المستعجلات

من المقرر أنه بالرغم من وجود اتفاق التحكيم يجوز للأطراف اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي. ولما كان الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية قضى بإجراء خبرة تواجهية وحدد مهمة الخبير في الاطلاع على الوثائق المتوفرة لدى الطرفين لتحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالطالبة جراء إنهاء العلاقة بينهما، فإن محكمة الاستئناف عندما قضت بإلغاء الأمر المذكور والتصريح من جديد بعدم قبوله بعلة أن تجاوز المعاينة الصرفة إلى إبداء الرأي لتحديد الأضرار من خلال الاطلاع على وثائق الطرفين، يكون قرارها مبنيا

على أساس سليم ومعللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه أن المدعية شركة (...)، تقدمت بمقال استعجالي أمام رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها بمقتضى عقدين مؤرخين في 18/06/2004 و05/12/2008، أبرمت اتفاقيتين مع المدعى عليها شركة (...) الدولية بمقتضاهما خولت لها هذه الأخير حق التوزيع الحصري لمنتوجات العلامة

(...) الخاصة بالحلي والساعات اليدوية الفاخرة ومنذ توقيع العقدين نفذت العارضة كل التزاماتها دون تقصير ... إلا أنها فوجئت برسالة صادرة عن المدعى عليها مؤرخة في 14/12/2015 تشعرها من خلالها بفسخ عقد التوزيع الحصري المؤرخ في 18/06/2004 وبرسالة أخرى مؤرخة في 21/01/2016 تتعلق بفسخ العقد المؤرخ في 05/12/2008، وذلك دون أن يصدر عنها أي خطأ، ودون مراعاة للآثار التي ستترتب عن هذا الفسخ والتي ستتحمل العارضة مبالغ باهظة تتمثل في حجم القروض والاستثمارات التي أنفقتها في سبيل تطوير علامة المدعى عليها وما سيترتب عنه من فصل لخمسة وعشرين أجيرا وأداء تعويضات لهم تصل في مجملها لأقرب من 12 مليون درهم، وأن الأضرار الناتجة عن قرار المدعى عليها بفسخ العقدين تستوجب تحديدها بكيفية واضحة وتواجهية عن طريق إجراء خبرة حسابية. والتمست لأجل ذلك الأمر بتعيين خبير مختص تكون مهمته الاطلاع على كل الوثائق الموجودة بين يدي الطرفين وتحديد مختلف الأضرار وحجمها الناتجة عن فسخ المدعى عليها للعقدين .... وبعد إجراء المسطرة أصدر رئيس المحكمة التجارية الأمر عدد 1676 قضى بإجراء خبرة عين لها الخبير عبد الرحمان (أ) الذي حددت مهمته في استدعاء الطرفين والدفاع والاطلاع على الوثائق المتوفرة لديها وعلى ضوء ذلك تحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالمدعية من جراء إنهاء العلاقة بينهما. تم الطعن فيه بالاستئناف من طرف شركة (...) الدولية وبعد الجواب والتعقيب، ألغته محكمة الاستئناف التجارية وقضت من جديد بعدم قبول الطلب، بقرارها المطعون فيه

بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى بفرعيها والوسيلة الثانية مجتمعتين

حيث تنعى الطالبة على القرار خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف والمتخذ من

خرق الفصول 148 و149 و327.1 من ق.م.م، وانعدام الأساس القانوني وسوء التعليل

وتحريف الوقائع، بدعوى أنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف مصدرته بكون الطعن

الممارس أمامها مخالف للقانون لأنه بالرجوع للفصل 327.1 من القانون رقم 08.05

المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية نص على ما يلي:

«لا يمنع اتفاقية التحكيم أي

طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم

أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها

في هذا القانون، ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها». فالتطبيق السليم

للمقتضى أعلاه يعني بأن الطرف المتضرر من الأمر الاستعجالي الصادر في إطار النص

أعلاه لا يملك حق الطعن بالاستئناف بل حق تقديم طلب التراجع أمام الجهة التي

أصدرته وبنفس الإجراءات. والثابت أن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م. م هي نص

خاص ورد في المادة التحكيمية وبذلك فهو مقدم في التطبيق على النص العام الذي

تعرض لاستئناف الأوامر الاستعجالية أمام محكمة الاستئناف. والعارضة تمسكت بهذا

الدفع النظامي غير أن محكمة الاستئناف التجارية لم تجب عنه مما يكون معه قرارها

خارقا للقانون. كما أن مناط الطلب الأصلي هو الأمر بإجراء معاينة بواسطة خبير على

النحو المضمن بصلب الطلب والذي قدم أمام قاضي المستعجلات لدى المحكمة

التجارية في إطار مسطرة تؤطرها الفصول -148 -149 327.1 من ق. م. م وأن الفقرة الأخيرة

من الفصل 148 من ق.م. نصت على أنه:

«إذا لم يكن القيام بالمعاينة المطلوبة مفيدا

إلا بواسطة خبير فني أمكن للقاضي تعيين خبير للقيام بذلك». وطلب العارضة الذي

قدم في إطار مسطرة تواجهية جاء محكوما بالفصل 148 من ق.م.م الذي جعل الأوامر

الصادرة بخصوص المعاينات لا تقبل الاستئناف. وهذا ما أقره قضاء النقض المغربي في

قراره عدد 271 بتاريخ 15/04/1982. والعارضة تمسكت بكون الاستئناف غير مقبول ضد الأمر الاستعجالي الذي صدر في إطار الفصل 148 من ق. م.م خاصة وأن هذا الدفع مؤثر في الطعن برمته ومبني على أساس وأن الفصل 327.1 من ق.م.م تحدث عن الأوامر

الوقتية والتحفظية الصادرة وفقا للأحكام المضمنة في هذا القانون والفصل 148 من ق.م.م يندرج ضمن هذا القانون. إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تجب عنه ولم تعتبره دون تعليل فخرقت بذلك قواعد إجرائية من النظام العام ولم تجعل لقرارها أساسا مما يتعين نقضه. وأيضا فإن القرار المطعون فيه علل ما توصل إليه بخصوص إلغاء الأمر الاستعجالي الذي قضى بتعيين الخبير عبد الرحمان (أ) للقيام بالمهمة موضوع الأمر بعلة أن مقتضيات البندين 31 و32 من عقدي التوزيع تضمنتا شرط التحكيم وتعيين هيئة التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق وهو ما يجعل حسب نظر القرار، الاختصاص منزوع من قاضي الأمور المستعجلة وأن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م.م التي تنسحب إلى الإجراءات الوقتية والتي لا تدخل الخبرة من ضمنها باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى. والحال أنه تعليل منعدم الأساس القانوني وفاسد ذلك أن الطلب من ناحية لا يتعلق بالأمر بإجراء خبرة كإجراء من إجراءات التحقيق بل معاينة بواسطة خبير عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 148 من ق.م.م. والقرار عندما اعتبر الطلب متعلقا بإجراء خبرة كإجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى يكون قد حرف الطلب ولم يجعل أساسا قانونيا لما توصل إليه. ثم أن مقتضيات الفصل 327.1 من ق.م.م، لم تنزع الاختصاص عن قاضي المستعجلات للبت في الطلبات الوقتية أو التحفظية مع وجود شرط التحكيم، فالمقصود بالإجراء الوقتي هو الإجراء الذي يهدف إلى تهيئة دليل من أدلة الإثبات دون أن يعتبر ذلك مسا باختصاص الهيئة التحكيمية التي تبقى لها الكلمة الأخيرة للفصل في موضوع النزاع وهو ما أكده الفقه المختص ... وبذلك فالقرار المطعون فيه عندما اعتبر طلب إجراء معاينة بواسطة خبير هو طلب إجراء خبرة مباشرة يكون قد حرف وغير موضوع الطلب وعندما أخرج الإجراء المطلوب من دائرة الإجراءات الوقتية يكون قد صدر منعدم الأساس القانوني وفاسد التعليل. فضلا على أنه تضمن كذلك تعليلا فاسدا عندما اعتبر

النزاع متمحورا حول تنفيذ بنود العقدين ومدى التزام كل طرفيه ببنودهما، مما يجعل

الاختصاص منعقد للهيئة التحكيمية، والحال أن النزاع يتعلق بإجراء وقتي لا علاقة له بتنفيذ العقد من عدمه وظروف ذلك التنفيذ وبذلك جاء منعدم الأساس القانوني ومحرفا للوقائع وفاسد التعليل مما يتعين نقضه.

لكن، حيث إن ما يسمح به الفصل 327.1 من ق.م.م للأطراف، ورغم وجود اتفاق لتحكيم، هو اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي، ولما كان الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية موضوع النازلة قضى بإجراء خبرة تواجهية وحدد مهمة الخبير في الاطلاع على الوثائق المتوفرة لدى الطرفين لتحديد مختلف الأضرار اللاحقة بالطالبة جراء إنهاء العلاقة بينهما، فإن ذلك أمر يتجاوز المعاينة الصرفة إلى إبداء الرأي لتحديد الأضرار من خلال الاطلاع على وثائق الطرفين، وبذلك فإنه أمر قضائي يقبل الطعن بالاستئناف لدى جهة قضائية أعلى درجة. ومحكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه التي قبلت الطعن بالاستئناف باعتباره قدم بشكل نظامي تكون قد ردت ضمنيا ما أثير بشأن عدم قبوله، والثابت من وثائق الملف كما عرضت على قاضي المستعجلات أن طلب الطالبة الرامي إلى إجراء خبرة قدم في إطار الفصل 149 من ق.م.م، وبالتالي يندرج ضمن اختصاص قاضي المستعجلات القابلة أوامره للاستئناف، وليس في إطار الأوامر التي تصدر في إطار الفصل 148 من ق.م. م والتي لا تقبل الاستئناف إلا في حالة الرفض. وبذلك فالمحكمة فيما ذهبت إليه لم تخرق الوقائع ولا طلب الطاعنة وجاء قرارها مبنيا على أساس سليم ومعللا تعليلا كافيا وسليما وغير خارق لأي مقتضى من المقتضيات المحتج بخرقها والوسيلتين على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

القرار رقم 60

الصادر بتاريخ 19/1/2000

الملف التجاري رقم 709/98

المقررات التحكيمية الأجنبية تذييلها بالصيغة التنفيدية بيان وجه مخالفته للنظام العام المغربي

إن القرار التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب ، وأن الفصل 3 من الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 9/6/58 المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19/2/60 « يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر، دون أن تفرض شروطا مشددة غير المفروضة للإعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو تنفيذها، مما يدل على أن الاختصاص مسند بمقتضى الاتفاقية التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم للقانون الوطني موضوع الفصل 320 من ق.م.م فلا مبرر للإستدلال بمقتضيات الفصلين 18 و430 من القانون الذي يهم الأحكام القضائية، وأنه بالإضافة إلى طريقة رقم طلب الاعتراف والتنفيذ للمقرر التحكميمي الأجنبي منظمة بمقتضى الفصل الرابع من الاتفاقية الذي يجعل أجلا للإيداع، فإن أجل الفصل 320 من ق.م.م يهم التحكيم الداخلي ولا يترتب عن عدم مراعاته أي أثر على الأمر بالتنفيذ فلم يخرق القرار أي مقتضى.

باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 20 مارس 1998 تحت عدد 1141 في الملف عدد3960/97، أن المطلوب في النقض وقعت مع الطالبة والشركة ..... اتفاقية ترمي الى إنشاء تجمع للدخول في المناقصة العمومية التي كانت الدولة المغربية في شخص مكتب استغلال الموانىء تعتزم تنظيمها لإنجاز أشغال تهيىء رصيف خاص بالحاويات في ميناء الدار البيضاء،

واتخذت هذه المجموعة إسم (س) وقد رسا عليها المزاد بقيمة حوالي خمسمائة مليون درهم، وقد استطاعت المطلوبة بطريقة مثيرة الحلول محل الشركة ..... ، وقد اعتقدت الطالبة أن العلاقة ستستمر مبنية على التوازن والتشاور لما فيه مصلحة الجميع، إلا أن العكس هو الذي حصل وأخذت المطلوبة في النقض تتعسف واستحوذت على مقر المجموعة ومنعت ممثل الطالبة من ولوجه، وبدأت تتفاوض مع الدولة المغربية بكيفية انفرادية واتخذت القرارات التي تشكل تغيرا جوهريا لنظام الصفقة وكلما نبهت الطالبة المطلوبة إلى ضرورة احترام الميثاق الرابط بينهما إلا ولوحت هذه الأخيرة باللجوء إلى التحكيم استنادا إلى بند مدسوس لم تكن الطالبة لتنتبه إليه عند التوقيع الإجمالي، مع ما يتضمن هذا من حرمان اللجوء إلى القاضي المغربي الوطني، وقد وجدت الطالبة نفسها تتعامل بالرغم من كونها شريكا كمقاول من الداخل وأصبحت دائنة خارجية للمجموعة بمبالغ مقابل الأشغال المنجزة، وعليه فقد تسلمت من شركة (س) التي تسيرها المطلوبة في النقض كمبيالة بمبلغ 4.200.000,00 درهم رفضت أداءها، رغم حلول استحقاقها بذريعة أنها مزورة، وقد حصلت الطالبة على أمر بأداء هذه الكمبيالة التي قدمت بشأنها المطلوبه في النقض شكاية جنحية بالتزوير انتهت إلى الحفظ، وهذا ما يعني أن المطلوبة

تريد الإنفراد بمنتوج الصفقة وحرمان الطالبة من حقوقها المشروعة، وقد انتهت المنازعات بينهما إلى طريق مسدود أدى إلى لجود المطلوبة في النقض بعرضها أمام هيئة للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولة بباريس التي أصدرت مقررا تحكيميا لفائدة هذه الأخيرة قضى لها بأداء فوائد ومبالغ، كما حكم عليها لفائدة الطالبة بأداء الفوائد على مبلغ 4.200,00 درهم من 15/3/94 الى 29/3/95 ومعاينة المقاصة بين ديون الأطراف المتبادلة وتصفية مصاريف الخبرة والتحكيم، وقد قدمت المطلوبة في النقض مقالا بتاريخ 20 ماي 1997 إلى رئيس المحكمة الابتدائية عين الشق الحي الحسني بالبيضاء، ملتمسة تذييله بالصيغة التنفيذية طبقا للفصل 320 من ق.م.م، وبعد تبادل المذكرات والتعقيبات أصدر السيد رئيس المحكمة أمرا بتاريخ 10/7/97 بعدم الاختصاص ألغى بمقتضى القرار المطعون فيه وحكم من جديد بإعطاء الصبغة التنفيذية للمقرر التحكيمي الصادر عن

المحكمة الدولة العليا للتحكيم بباريس بتاريخ 13/12/96.

في شأن الوسيلة الأولى

حيث تنعى الطالبة على القرار عدم الاختصاص وخرق الفصلين 320 و323 من ق.م.م بدعوى أن القرار المطعون فيه ذهب في إبطاله للأمر الإبتدائي الى أن رئيس المحكمة الا ابتدائية عين الشق الحي الحسني هو المختص بالبت في طلب تذييل المقرر التحكيمي الأجنبي بالصيغة التنفيذية، بينما الفصل 320 يعطي صراحة الاختصاص لرئيس المحكمة التي صدر المقرر التحكيمي في دائرتها ويعطي الفصل 323 من ق.م.م الإختصاص بالبت في الطعن بالاستئناف لمحكمة الدرجة الثانية التي صدر المقرر في دائرتها وأن اتفاقية نيويورك لا تتضمن أي استثناء عن هذين الفصلين، وأنه تبعا لذلك كان على المطعون ضدها أن تستصدر حكما يقضي بتذييل المقرر التحكيمي بالصبغة التنفيذية من محكمة باريس وأن تعمد بعد ذلك إلى طلب تذييل هذا الأخير بالصبغة التنفيذية

أمام موطن العارض في إطار مقتضيات الفصل 430 من ق.م.م، وأن القرار المطعون فيه يحمل في طياته تناقضا صريحا عدما استبعد المقررات التحكيمية الأجنبية من الخضوع لشروط الفصل 320 من ق.م.م، في حين أقر اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بالبت في طلب الصيغة التنفيذية وأن هذه من قبيل الدعاوى التي تختص المحاكم الابتدائية بهيأتها الجماعية للبت فيها طبقا للفصل 18 من ق.م.م. اعتبارا إلى أن المشرع أسند الإختصاص بصددها لمحكمة أخرى وليس لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات كما ذهب القرار المطعون فيه وهو ما يجعله عرضة للنقض.

لكن حيث إن المقرر التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب وأن الفصل الثالث من اتفاقيات الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 09/06/58 المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19/06/60 يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر، دون أن تفرض شروطا مشددة غير المفروضة للإعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو بتنفيذها، مما يدل على أن الإختصاص مسند بمقتضى الإتفاقية

التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم، للقانون الوطني موضوع الفصل 320 من ق.م.م، فلا مبرر للإستدلال بمقتضيات الفصل 18 و 430 من نفس القانون الذي يهم الأحكام القضائية، وأنه بالإضافة إلى أن طريقة رفع طلب الاعتراف والتنفيذ للمقرر التحكيمي الأجنبي منظمة بمقتضى الفصل الرابع من الاتفاقية الذي لا يجعل أجلا للإيداع، فإن أجل الفصل 320 من ق.م.م يهم التحكيم الداخلي، ولا يترتب عن عدم مراعاته أي أثر على الأمر بالتنفيذ، فلم يخرق القرار المطعون فيه أي مقتضى والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية بفرعيها

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق مبدأ قوة الشيء المقضي به ومبدأ التقاضي على درجتين، بدعوى أن القرار المطعون فيه الذي قضى بتذييل المقرر التحكيمي الذي سبق أن رفض طلب تذييله بالصيغة التنفيذية يكون قد خرق مبدأ قوة الشيء المقضي به، وهي قاعدة جوهرية من النظام العام وخرق مبدأ التقاضي على درجتين؛

إذ قضت محكمة

الاستئناف بإبطال الحكم الإبتدائي فيما قضى به من التصريح بعدم الاختصاص، وكان عليها أن تقف عند هذا الحد دون الفصل في جوهر المنازعة، وبذلك يكون قد خرق خرقا صريحا مبدأ التقاضي على درجتين مما يجعله عرضة للنقض.

لكن حيث إن موضوع الفرع الأول من الوسيلة أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى فهو غير مقبول.

ومبدأ عدم التصدي في حالة إلغاء الحكم الابتدائي القاضي بعدم الاختصاص لاحترام مبدأ التقاضي على درجتين يهم قضاء الموضوع وليس الأوامر المبنية على طلب أو الاستعجالية فيكون الفرع الثاني على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق القانون الداخلي وبالأخص خرق الفصل 230 من ق. ل. ع والفصل 17 من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين الناص على وجوب سلوك مسطرة التوفيق قبل المرور إلى مسطرة التحكيم وضرورة انتظار أجل 30 يوما من أجل التوصل إلى

حل ودي بعد عرض النزاع على لجنة الإدارة ولجنة المدراء إلا أن المطلوبة في النقض بادرت إلى طلب التحكيم ورغم أن الطالبة أثارت هذا الدفع إلا أن المقرر التحكيمي رفضه بعلة أن الطرفين متعارضان بسبب خلاف خطير جدا وقضى بقبول طلب التحكيم

رغم مخالفته لقواعد جوهرية، وأن القرار المطعون فيه الذي قضى بتذليل المقرر الباطل بالصيغة التنفيذية يكون قد خرق الفصل 230 من ق.ل. ع وعرضه للنقض.

كما أنه بالرجوع للمقرر التحكيمي المطعون فيه يلفى أن مسطرة التحكيم انطلقت في سنة 94 ولم تنته إلا في 13/9/96 وأن نفس المحكمة أصدرت في 3/3/97 مقررا تحكيميا تفسيريا في إطار نفس المسطرة، مما يجعل المقرر قد صدر بعد قرابة ثلاثة سنوات، علما أن المشرع المغربي حدد أجل الفصل في المنازعة في ثلاثة أشهر طبقا للفصل 312 من ق.م.م. وأنه يترتب عن عدم احترام هذا الأجل انتهاء مسطرة التحكيم، وبذلك يكون المقرر التحكيمي باطلا ، وتبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه القاضي بتذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية عرضة للنقض.

وأن المقرر التحكيمي استند إلى شرط تحكيمي متضمن في الفصل 17 من الاتفاقية، غير أنه لم يتم اشتراطه كتابة وبخط اليد والتوقيع عليه بصفة خاصة، فضلا عن التوقيع العام الذي يأتي في مؤخرة العقد كما نص على ذلك الفصل 309 من ق.م.م والمادة 1443 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، وإلا عد باطلا وبذلك يكون المقرر التحكيمي باطلا، مما يتوجب معه نقض القرار الذي قضى بتذييله بالصيغة التنفيذية.

وأن المقرر التحكيمي قضى لفائدة المطلوبة في النقض بتعويضات على أساس نسبة 18% وأنه إذا كان الاتفاق ينص على نسبة مرتفعة، فإن على المحكمة أن ترد الأمور إلى نصابها بإعمال السقف الأعلى للفائدة الاتفاقية، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وبذلك جاء المقرر التحكيمي باطلا لمخالفته قاعدة جوهرية من النظام العام وعرضه للنقض .

وإن المقرر التحكيمي المطعون فيه صدر طبقا للقانون الفرنسي إذ ينص البند 16 من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين على أنها خاضعة لهذا الأخير بينما العارض الطالبة شركة

مغربية، والعقد أبرم بالمغرب من أجل إنجاز صفقة مع الدولة المغربية في شخص مكتب الموانىء، وأنه بالرجوع إلى قواعد الإسناد، فإن مجرد الجنسية الإسبانية لا تبرر استبعاد الاتفاقية من الخضوع لأحكام القانون الوطني المغربي، إعمالا لقواعد الإسناد المستقر عليها في النظرية للقانون الدولية الخاص، وأن إخضاع مثل هذه الاتفاقية المرتبطة بمرفق عمومي مغربي لئن كان مقبولا في مجال القواعد المفسرة والتحكيمية فإنه يفتقد لكل مشروعية في حقل القواعد الآمرة المغربية المتعلقة بالنظام العام، مما يتناسب معه نقض القرار المطعون فيها لما قضى به من تذليل المقرر التحكيمي المخالف للنظام العام المغربي، بالصيغة التنفيذية، وأن رئاسة هيئة التحكيم عادت للسيد (....) الذي ينتمي إلى سلك القضاء بل يتحمل مسؤولية في أحد المعاهد العليا الفرنسية لوزارة العدل، وهو ما يتنافى ومهمة المحكم إذ وجود قاضي محترف من شأنه أن يؤثر على قضاة الصيغة التنفيذية، ويحول دون ممارستهم للرقابة، وهو ما يستوجب بطلان المقرر التحكيمي وبالتالي القول بنقض القرار.

وأن المحكمين كلفوا الخبير « .... «ثم الخبير « .... «لإجراء خبرة حسابية بمقتضى أمر مؤرخ في 31/1/1996 وأن التشريعات تلزم الخبراء بأداء اليمين القانونية قبل الشروع في ممارسة مهامهم تحت طائلة بطلان تقاريرهم، وهو ما ينص عليه الفصل 59 من ق.م.م

وأن المقرر التحكيمي استند إلى تقرير صادر عن خبير لم يؤد اليمين القانونية؛
وعليه فهو

غير مؤهل، وبالتالي يكون عرضة للبطلان وإلى نقض القرار المطعون فيه الذي ذيل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وأنه قضى بفسخ العقد الموقع في أكتوبر 1991 وذلك مخالفة لمبدأ التزام المحكمة بالبت في حدود الطلبات المقدمة إليها بصفة قانونية،

وهو مبدأ تنص عليه التشريعات المسطرية، ومنها الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية والفصلان 4 و5 من قانون المسطرة الفرنسية، وبذلك خرق المقرر التحكيمي هذه المقتضيات، مما يعرضه للنقض والقرار المطعون فيه. وأنه حكم وحدد طلبات التعويض

عوضا عن المدعية وهو بذلك معيب بسبب خرقه قاعدة جوهرية من قواعد المرافعات بحكمه بما لم يطلب، وهو ما يعرضه للنقض وكذا نقض القرار المطعون فيها لما قضى به من تذييل بالصبغة التنفيذية، وأنه بالرجوع إلى منطوق المقرر التحكيمي يظهر أن المحكمة قضت بفسخ العقد الرابط بين الطرفين بسبب ما عاينته من أخطاء، والحال أن الفسخ لم يرد ضمن طلبات المطعون ضدها، وأن نفس المطوق قضى برفض طلب هذه الأخيرة بطرد العارضة من الصفقة، وبذلك يظهر جليا أن الحكم بالفسخ يتعارض ورفض طلب التوقف والطرد، وأن منطوق المقرر المطعون فيه جاء مضطربا بل ومتناقضا بشكل يدعو إلى الشك والريبة وأن التناقض يعتبر سببا من أسباب البطلان، وهو ما يتناسب ونقض القرار المطعون فيه لما قضى به من تذييل مقرر تحكيمي باطل بالصيغة التنفيذية.

لكن حيث إن موضوعات الوسيلة أثيرت لأول مرة أمام المجلس الأعلى فتكون غير مقبولة

في شأن الوسيلة الرابعة

حيث تنعى الطاعنة على القرار المطعون فيه عدم الارتكاز على أساس قانوني أو انعدام التعليل بدعوى أنه لم يجب على مجموعة من دفوع العارضة التي أثارتها بصفة نظامية، سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الدرجة الثانية واكتفى بالإشارة في تعليلاته إلى أن المقرر التحكيمي غير مخالف للنظام العام المغربي حول الإجابة على ما نعته العارضة على المقرر المذكور فيما يخص خرقه النظام العام المغربي، وأن التعليل الغامض ينزل منزلة انعدامه؛

إذ أن قضاة الاستئناف بصيغتهم هذه يكونون قد حرموا

المجلس من مراقبة رقابته وفق الشكل الذي يفرضه القانون، مما يناسب تبعا لذلك نقض القرار المطعون فيه .

لكن حيث إن الطالبة في مذكرة جوابيها على المقال الاستئنافي باكتفائها بالقول إنه بغض النظر عن كون المقرر المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام المغربي دون أن تبين وجه مخالفته له تكون صرفت النظر عن الدفع، وما أورده القرار من تعليل منتقد لم يكن جوابا عن الدفع وإنما لتبرير أمره بالتفنيذ فالوسيلة غير مقبولة.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب، وعلى رافعته بالصائر

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ أعلاه بقاعة الجلسات العادية

بالمجلس الأعلى بالرباط.

القرار التجاري عدد 274

الصادر بغرفتين بتاريخ 08 مارس 2006

الملف التجاري عدد 292/3/2/2003

التحكيم، مقرر تحكيمي، تفسير بنود الاتفاق، خروج عن اختصاص المحاكم (لا)

إن تفسير الحكمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهما، وتكون محكمة الاستئناف قد خرقت مقتضيات الفصلين 221,306 من قانون المسطرة المدنية لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد ، والحال أن المقرر المذكور اعتبر الاتفاقية المتنازع في شأنها عقد بيع مقيد بشرط إداري محض يتعلق بتسديد الثمن متروك لإرادة المدعيين الأصليين وحدهما وبأن هذين الأخيرين لم ينفذا الشرط المذكور ولم يتم أي عقد بيع نهائي بين الطرفين، ونتيجة لذلك لم ينشأ أي التزام قانوني على عاتق الطرفين، وبأن مسطرة التحكيم تعتبر مسطرة تعسفية وكيدية تستوجب الحكم بالتعويض على من باشرها.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون؛

في شأن الدفع الشكلي

حيث تقدم دفاع المطلوب (...) بدفع يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الطعن بالنقض طالما أن الطالبين قد سلكا مسطرة الطعن بإعادة النظر في القرار موضوع الطعن بالنقض وصدر في شأنه قرار برفض الطلب .

لكن، حيث إنه ليس في قانون المسطرة المدنية ما يحول دون المحكوم ضده استئنافيا من اللجوء إلى مسطرة الطعن بالنقض بعد أن سلك مسطرة إعادة النظر، وأن سلوكه لأحد الطعنين لا يعتبر منه تنازلا عن الطعن الآخر ويكون الدفع على غير أساس .

في الموضوع

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 20/3/1997 في الملف عدد 6444/96 أن المدعيين (الطالبين) ..... تقدما بمقال مفاده أنه بمقتضى اتفاقية مؤرخة في 8/2/1988 التزم المدعى عليهما (المطلوبان) .... بشراء 62.50% من مجموع الحقوق التي يملكانها في سبع شركات وأصول تجارية مفصلة في الاتفاقية المذكورة مقابل مبلغ اجمالي قدره 30.000.000,00 درهم وتمت الإشارة في الاتفاقية المذكورة إلى تحرير عقود اقتناء الشركات والأصول التجارية لكل واحدة على حدة بتاريخ لاحق، إلا أن المدعى عليهما رفضا توقيع العقود النهائية وتسديد الثمن المتفق عليه، وأن اتفاقية 8/2/1988 نصت على مسطرة التحكيم في حالة حصول نزاع، وأن العارضين (المدعيين) عينا الأستاذ النقيب ..... كمحكم لهما وأشعرا المدعى عليهما بتعيين محكمهما وانذارهما بالقيام بذلك في أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ التوصل غير أنهما لم يحركا ساكنا، فتقدما إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في إطار الفصل 309 من ق.م.م لتعيين محكم لهما، فأصدر قرارا في المقالات المختلفة عدد 6696/96 عين بمقتضاه الأستاذ النقيب ...... محكما إلى

جانب الأستاذ ..... وقد باشر المحكمان مسطرة التحكيم، وأصدرا بتاريخ 24/01/1996 قرارا تحكيميا قضى :

« بأن اتفاقية 8/2/1988 المتنازع في شأنها تعتبر عقد بيع مقيد بشرط إرادي محض يتعلق بتسديد الثمن متروك لإرادة المدعيين الأصليين وحدهما، وبأن هذين الأخيرين لم ينفذا الشرط المذكور ولم يتم أي عقد بيع نهائي بين الطرفين. ونتيجة

لذلك لم ينشأ أي التزام قانوني على عاتق الطرفين وبأن مسطرة التحكيم التي باشرها السيد ... تعتبر مسطرة تعسفية وكيدية والحكم عليهما بالتضامن بأن يؤديا للسيد ... تعويضا مدنيا قدره 2.000.000,00 درهم مبلغ 250.000,00 درهم أتعاب التحكيم، ورفض ما زاد على ذلك من الطلبات. والتمس المحكوم لهما إعطاء الصيغة التنفيذية بصفة نهائية للقرار التحكيمي الصادر بتاريخ 24/01/1996 عن الأستاذين ..... ، فأصدر السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا أمرا استجاب بمقتضاه للطلب ألغته محكمة الاستئناف وحكمت برفض الطلب، بعدما استؤنف استئنافا أصليا من طرف السيد ....
واستؤنف فرعيا قدم من طرف السيد وهو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة المتخذ من خرق مقتضيات الفصلين 306 و321 من ق.م.م؛

ذلك أن الفصل 321 لا يعطي للقضاء حق مراقبة مقرر المحكمين إلا إذا كان فيه مساس بالنظام العام بالمعنى القانوني، وبما أن النظام العام الذي قالت المحكمة قد وقع المساس به هو عدم الاختصاص النوعي بالخروج عن نطاق شرط التحكيم، فإن ذلك ليس من النظام العام، كما أن الفصل 306 الذي أشارت المحكمة في قرارها إلى أنها اعتمدته فيما لا يجوز أن يكون موضوعا للتحكيم لا يجعل عدم الاختصاص أو الخروج عن شرط التحكيم من بين المسائل التي أوردها على سبيل الحصر، وأن المحكمة بهذا تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 306 و321 المذ كورين.

حيث ثبت صحة ما نعاه الطالبان على القرار، ذلك أن محكمة الاستئناف المطعون في قرارها اعتبرت في حيثيات قرارها أن ما ذهب إليه المقرر التحكيمي من أن اتفاقية 8 فبراير 1988 المبرمة بين الطرفين هو عقد بيع معلق على شرط إرادي المشترين للثمن، هو بطلاه ضمني للإتفاق، وهو خارج الاختصاص الموكول للمحكمين وفيه مساس بالنظام العام، ونتيجة لذلك اعتبرت قرار التحكيم باطلا، في حين أن تفسير المحكمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهما، وعليه فإن محكمة الاستئناف لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصبغة التنفيذية مخالفا للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 306 و321 المذكورين خرقا أضر

بالطاعنين وعرضت بالتالي قرارها للنقض.

حيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وبإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها طبقا للقانون وهي مرتكبة من هيأة أخرى، وتحميل المطلوبين في النقض المصاريف.

القرار عدد 300

المؤرخ في :
22/03/2018

الملف اداري رقم 1542/4/1/2015

- بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 تظل بصورة انتقالية، مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه مطبقة على :
- اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ ، الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المتعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن.

- بمقتضى المادة 46. 327 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يخول الإعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الإعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه بالنقض المشار إلى مراجعه

أعلاه، أنه بتاريخ 07/03/2014 تقدمت المدعية (الطالبة) بمقال إلى رئيس المحكمة

الإدارية بالرباط، عرضت فيه أنها شركة تركية سبق لها أن فازت بالصفقة رقم ST0244MT4 المعلن عنها من طرف م وك آنذاك في إطار طلب عروض، تهم إنجاز خطوط كهربائية من نوع 400 كيلو فولت مستخرجة من المركز الكهربائي لتهدارت، من أجل دعم الشبكة الوطنية من ذات الفئة وتحويل الخطوط 400 كيلو فولت و 225 كيلو فولت على المراكز المستقبلية 225/400 كيلو فولت لمدينة وليلي (تولال 2)، وأن الفصل 24 من دفتر الشروط الإدارية الخاصة نص على أن الفصل في النزاعات الناتجة عن تأويل أو تطبيق مقتضيات الصفقة في حالة عدم تسويتها حبيا، يتم عن طريق التحكيم بناء على نظام المصالحة والتحكيم بالغرفة التجارية الدولية، وأنها لجأت فعلا إلى تفعيل شرط التحكيم، فأصدرت المحكمة الدولة للتحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية المذكورة حكما نهائيا بتاريخ 19 غشت 2013، قضت فيه بأن فسخ المكتب للصفقة كان تعسفيا وقضت عليه بالتعويض، لم يقم المكتب المعني باستئنافه على الرغم من تبليغه، فتم تذييله بالصيغة التنفيذية بأمر رئاسي صادر عن المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس بتاريخ 04/01/2013، وأمام امتناع المكتب الصريح عن تنفيذ الحكم المذكور والمعبر عنه في رسالته المؤرخة في 18/02/2014، فإنها تلتمس الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة الدولة التابعة لغرفة التجارة الدولة في الملف عدد MCP/ND/17106 وفقا للمقتضيات الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة للإشراف على قرارات التحكيم الأجنبية المؤرخة في 09/08/1958، والتي صادق عليها المغرب بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.266 بتاريخ 19/2/1960، مع النفاذ المعجل، وبعد جواب م وك بمذكرة دفع فيها بعدم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية للبت في الطلب، لأن الأمر يتعلق بقرار تحكيمي دولي يرجع الاختصاص في الإعتراف له بالصيغة التنفيذية الى رئيس المحكمة التجارية طبقا لمقتضيات الفصل -327 46 من قانون المسطرة المدنية، وبعد جواب الوكيل القضائي للمملكة بمذكرة دفع فيها بكون الطالبة لم تبين النص القانوني الذي اعتمدته للمطالبة

بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي ومنحه الصيغة التنفيذية هل هو الفصل 310-26 من قانون المسطرة المدنية الذي يتحدث عن الأحكام التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الداخلي حيث يرجع الاختصاص إلى المحكمة الإدارية كمحكمة موضوع، أم هو الفصل 327-46 من نفس القانون الذي يمنح الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية عندما يتعلق الأمر بحكم تحكيمي دولي، بالإضافة إلى وجود طعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي مقدم من طرف م وك م ص ش أمام محكمة الاستئناف بباريس، الذي يوقف عملية تنفيذه، ملتمسا البت في نقطة الاختصاص النوعي انطلاقا من التأطير القانوني السليم للنازلة وإيقاف النظر في الطلب إلى حين صدور قرار في الطعن بالبطلان السالف الذكر، وبعد تمام الإجراءات صدر الأمر بعدم اختصاص قاضي المستعجلات، استأنفته الطالبة (المدعية)، فقضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتأييده، وهو القرار المطعون فيه بالنقض .

في وسيلتي النقض مجتمعتين للإرتباط

حيث تنعى الطالبة على القرار المطعون فيه بالنقض خرق القانون الداخلي المتمثل في خرق مقتضيات المادة الثانية من قانون رقم 05-08 وخرق قواعد الاختصاص الخاصة بقاضي التذييل وفساد التعليل الموازري لانعدامه، ذلك أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن الطلب الرامي إلى الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصبغة التنفيذية، يجب أن يندرج في إطار مقتضيات قانون 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 خارقة الفقرة الأولى من مادته الثانية بخصوص معيار تطبيق القانون من حيث الزمان المتجسد في معيار تاريخ التوقيع على العقد المتضمن لشرط التحكيم كمعيار جوهري، وأن هذ المعيار جاء في باب المقتضيات الانتقالية، مما يفيد صراحة نية المشرع المغربي إلى ضرورة الأخذ بالمراكز القانونية المنشأة على وجه صحيح

في إطار القانون القديم، والإعتداد بمبادئه وقواعده صونا لمبدأ الأمر والثبات التشريعي

والقانون، مما يجعل مقتضيات ظهير 1974 الخاصة بقانون المسطرة المدنية هي الواجبة التطبيق، ومن جهة ثانية فإن القول باعتماد الفصل 327-40 من قانون المسطرة المدنية كأساس للتصريح بعدم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية جاء خارقا للأحكام القانونية المنظمة لقضاء التذييل، سواء في إطار القانون القديم الواجب التطبيق (أي ظهير 1974) بصريح الفقرة الأولى من المادة الثانية المشار إليها، لأن الأساس القانوني المعتمد لمنح الإعتراف وتذييل الحكم التحكيمي الدولي بالصيغة التنفيذية هو مقتضيات الفصل 322 من قانون المسطرة المدنية الذي يشير صراحة إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بعد استئناف أحد الأطراف، ومن جهة أخرى فإن العقد المتضمن لشرط التحكم يتضمن كل مقومات العقد الإداري باعتباره صفقة عمومية من ناحية، وكون أحد أطرافه مؤسسة عمومية من ناحية ثانية، وأن الأمر يهم تسيير مرفق عمومي من ناحية ثالثة، والقول بتعلق المضمون بمصالح التجارة الدولة لا ينفي عنه صفته وطبيعته الإدارية ومن تم اختصاص رئيس المحكمة الإدارية كقاضي للتذييل، أو في إطار القانون الجديد، ذلك أن تعليل محكمة الاستئناف بعدم اختصاص المحكمة الإدارية استنادا إلى أحكام الفصل 327-40 من قانون المسطرة المدنية يبقى مخالفا للقانون اعتبارا للطبيعة الإدارية للعقد المتضمن لشرط التحكيم المعتبر صفقة عمومية بمفهوم القانون المغربي المتفق عليه كقانون واجب التطبيق، وهو الأمر الذي أقرته المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، وأن اختصاص النظر في المنازعات الخاصة بالاعتراف وتذييل الحكم التحكيمي الذي يهم أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام تبقى من اختصاص رئيس المحكمة الإدارية استنادا إلى أحكام القانون رقم 05-08 وليس المحكمة الإدارية كمحكمة موضوع، كما جاء في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط أو رئيس المحكمة التجارية بالرباط، كما جاء في القرار الاستئنافي المطعون فيه، والذي

اعتبر موضوع العقد المتضمن لشرط التحكيم له صلة مباشرة بمصالح التجارة والاستثمار الدوليين، وأن التحكيم بشأنه هو تحكيم دولي وفق أحكام الفصل 327-40 وهو تعليل فاسد لثلاث اعتبارات أولها أن ارتباط العقد المتضمن لشرط التحكيم، الذي هو صفقة

عمومية مبرمة عقد طلب عروض دولي، بمصالح التجارة الدولية، لا يمكن أن يؤدي إلى نفي الصفة الإدارية عن العقد وفق ماجاء في قرار صادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ17 ماي 2010 في قرار شهير معروف باسم INSEREM وهو نفس الاتجاه الذي نحاه القضاء اللبناني، وأن النزاع هو ذو طبيعة إدارية وأن مصالح التجارة الدولية على النحو المعلل لا يمكنها نفي أو استبعاد الصفة الإدارية للعقد المتضمن لشرط التحكيم، مما يجعل الاختصاص منعقد لرئيس المحكمة الإدارية وفقا للقانون المتمسك به من قبل محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، ويناسب نقض القرار.

لكن، حيث لئن كانت الأحكام الانتقالية تسبغ بمحدوديتها من حيث التطبيق في الزمان، فإن بدئ سريانها يحكمه مبدأي عدم رجعية القوانين وأثرها الفوري، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي أوردت ضمن تعليلاته أن طبيعة هذه الأحكام في نازلة الحال، التي تؤطرها مقتضيات المادة الثانية من القانون رقم 05- 08 الصادر بتنفيذ القانون رقم 2.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007، تستلزم قراءة هذا المقتضى القانوني بصورة متكاملة تجمع بين فقرتيه الأولى والثانية وعدم تجزئة التعامل بين كلتيهما، موضحة أن الفقرة الأولى من ذات المادة الثانية المشار إليها تتحدث عن اتفاقات التحكيم من حيث موضوع الاتفاق الذي يبقى خاضعا للمقتضيات القديمة التي نشأ الاتفاق في ظلها، وأن هذا القانون (رقم 05- 08) لا يطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخوله حيز التنفيذ التي تظل خاضعة من حيث شروط صحتها للقانون الملغى، غير أنه يطبق على الدعاوى المقدمة بعد دخوله حيز التنفيذ دون الدعاوى التحكيمية التى كانت جارية أمام المحاكم في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ إلى حين تسويتها واستنفاد طرق

الطعن المتعلقة بها، للتمييز بين المعيار الشكلي والموضوعي، مضيفة (المحكمة) أن الدعوى التحكيمية التي باشرتها المستأنفة قد تم رفعها أمام المحكمة الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 6 ماي 2010، وهو تاريخ لاحق على نشر القانون الجديد رقم 08- 05 بالجريدة الرسمية بتاريخ 6 دجنبر 2007، تكون قد راعت المبدأ السالف الذكر مؤسسة ذلك على ما استنتجته، وعن صواب، من أن القانون الواجب إعماله في تحديد الجهة

القضائية التي تعتبر مؤهلة قانونا للبت في الاختصاص في الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصبغة التنفيذية هو القانون الجديد، أما بخصوص النعي المرتكز على كون رئيس المحكمة الإدارية هو المختص بتذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، فإنه لما ثبت لها أن الأمر يتعلق بمقرر تحكيمي صادر بمناسبة تحكيم دولي وثبت لها أيضا بالتنصيص الوارد في الفصل -327 40 أنه كلما كان الأمر يتعلق بنزاع من هذا الصنف يكون رئيس المحكمة الإدارية غير مختص، أيدت الأمر المستأنف، فتكون قد اعتدت بالتمييز الذي أقره المشرع في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الذي ميز بين التحكيم الداخلي وبين الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي وفق المبين في الفصل -327 40، مستندة في ذلك إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل -327 46 بخصوص تخويل الاعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المغرب لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التي يتبع لها مكان التنفيذ، إذا كان مقرر التحكيم صادرا بالخارج، واعتبرت (المحكمة) التحكيم في نازلة الحال دوليا على الرغم من وروده ضمن بنود صفقة عمومية أبرمت بين م وك والمستأنفة في نطاق تدبير عمومي، وذلك استنادا إلى صلة موضوعه المباشرة بمصالح التجارة والاستثمار الدوليين وباعتبار المقر الاجتماعي للمستأنفة يوجد خارج التراب المغربي، فضلا عن أن الاتفاق عين مكان التحكيم خارج بلد الطرفين تتولى تحديده الغرفة التجارية الدولية، والتي هي عناصر لم يكن من شأنها أن تنزع الاختصاص

من رئيس المحكمة التجارية لفائدة رئيس المحكمة الإدارية، لتخلص في منحى مبرر إلى تأييد الأمر المستأنف بعلل ارتكزت فيها نفس الأسس الموما إليها أعلاه، فلم يخرق قرارها أي مقتضى قانوني وجاء معللا تعليلا سليما وكافيا، والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بغرفتين برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار عدد 358

الصادر بتاريخ 22 شتنبر 2016

في الملف التجاري عدد 58/3/1/2015

حكم تحكيمي جواز الاتفاق على إيداعه بكتابة ضبط محكمة تجارية غير تلك التي صدر بدائرتها

إن المحكمة لما ثبت لها من اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية موضوع الاتفاق، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر بدائرتها الحكم أعلاه، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع، يكون قرارها معللا تعليلا سليما، وغير خارق لمقتضيات الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية التي تضمنت قواعد غير آمرة يمكن أن تكملها إرادة الأطراف.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم اجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه، أن الطالبة شركة المصبرات المغربية (.....) تقدمت بتاريخ 15/10/2013 ، بمقال لتجارية أكادير، عرضت فيه أنها عهدت

للمطلوب حضورهما شركتي (...) و(...) بإعداد دراسة حول نشاطها الصناعي والتجاري، غير أن نزاعا نشب بين الطرفين بشأن حقولهما والتزاماتهما الناجمة عن هذه العلاقة، فلجأت الشركتان المذكورتان لمسطرة التحكيم من أجل فض نزاعهما مع المدعية، وعين

كل فريق منهما محكما، ويتعلق الأمر بالمطلوبين الثاني والثالث عبد الرفيع (م) ومحمد (١)، بينما عين رئيس المحكمة التجارية بأكادير المطلوب الأول طارق (م) كمحكم ثالث رئيسا للهيئة التحكيمية، والتي بعد مباشرتها للإجراءات المسطرية، وإصدار حكمها التحكيمي، قامت بإيداعه بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 23/9/2010، وهو إيداع باطل بسبب مخالفته لأحكام الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، إذ أشار ذلك الحكم في صفحته السادسة إلى عقد المحكمين لاجتماع بتاريخ 25/1/2010 قرروا خلاله تبليغ محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المتضمن لمجموعة من القواعد الإجرائية من بينها:

«اعتبار عنون المحكم محمد (١) الكائن بالرقم 349 شارع محمد الخامس رقم -39 40 مقرا لإجراء التحكيم»، كما أشار ذات الحكم في صفحته السابعة إلى اتفاق الطرفين على وثيقة التحكيم التي نصت على:

« اعتماد نفس مقر التحكيم الذي تم تعيينه بموجب محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المذكورة «، وهو وضع كان يفرض على المحكمين إيداع حكمهم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدار البيضاء، باعتباره صدر بدائرة نفوذها مع ما يستتبع ذلك من اختصاص رئيسها بتذييله بالصيغة التنفيذية، وليس المحكمة التجارية بأكادير، ملتمسة الحكم بإبطال إجراءات الإيداع التي بموجبها أودع المدعى عليهم (المحكون) الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وبعد جواب المدعى عليهم والمطلوب حضورهما في الدعوى شركتي (....) و(....) ، أصدرت المحكمة التجارية حكمها برفض الدعوى، أيد بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن المدعية شركة المصبرات المغربية (....) بوسيلة وحيدة.

في شأن الوسيلة الفريدة

حيث تنعى الطاعنة على القرار فساد ونقصان التعليل وانعدامه وتحريف مضمون وثيقة ترتب عنه عيب في التعليل، بدعوى أنه استند في تأييده الحكم الابتدائي إلى :

» أن

الحكم التحكيمي صدر بتاريخ 20/9/2010 أي بعد تحرير محضر الجلسة المحتج به المؤرخ في 29/7/2010، وأشار في الصفحة 14 منه صراحة ومن غير تأويل من قبيل ما وقع الاحتجاج به إلى قرار الهيئة التحكيمية المتخذ باتفاق مع دفاع الأطراف، والقاضي على وجه التخصيص بإيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بدل المحكمة التجارية بالدار البيضاء الواقع بدائرة نفوذها مقر التحكيم المحدد في وثيقة التحكيم «، وهو تعليل اعتد فقط بما ورد بوقائع الحكم التحكيمي من أن :

» الهيئة التحكيمية قررت باتفاق الأطراف قفل المناقشات وإيداع حكمها التحكيمي المنتظر لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير»، مع أن ما نسبه الحكم التحكيمي لمحضر جلسة 29/07/2010 غير صحيح وخاطىء ومخالف لمضمونه، إذ أنه نص فقط على:

«أن الاتفاق وقع على قيام الهيئة التحكيمية بالإيداع وفقا للنصوص الجاري بها العمل:

« وهو ما يعني أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر الحكم في دائرتها وهي محكمة الدار البيضاء، وبذلك فقد كان على المحكمة المطعون في قرارها التقيد بما جاء في المحضر المذكور، وليس بما تضمنه الحكم التحكيمي من عرض خاطئ لمضمون ذلك المحضر، وعدم قيامها بما ذكر يجعل قرارها مشوبا بنقض وعيب التعليل، بما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيها لما ثبت لها من الحكم التحكيمي أنه تضمن اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية بجلسة التحكيم المنعقدة بتاريخ 20/09/2010 على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية

بأكادير، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدار البيضاء التي صدر بدائرتها الحكم، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع، معتمدة في ذلك التعليل الذي أوردته الوسيلة، والذي اعتدت فيه، وعن صواب، بالاتفاق المذكور الذي جاء لاحقا لمحضر 29/07/2010،

هذا الاتفاق الذي يعد اتفاقا نهائيا ملزما لكل الأطراف، وهي بنهجها المذكور تكون قد أبرزت بما يكفي الأسس التي اعتمدتها في استبعاد المحضر السالف الذكر، الذي فضلا عن أنه تحدث فقط عن الجهة التي ستقوم بإيداع الحكم التحكيمي وهي الهيئة التحكيمية التي عليها أن تنجز ذلك وفق النصوص الجاري بها العمل، فهو لم يكن من شأنه أن يمنع الأطراف من الاتفاق لاحقا على تعيين محكمة أخرى غير محكمة مقر إجراء التحكيم، طالما أن الأمر يتعلق بنقل مكاني للإختصاص ليس إلا، وذلك ليس فيه أي خرق لمقتضيات الفصل 320 من ظهير 28/09/1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، التي تضمنت قواعد غير آمرة ممكن أن تكملها إرادة الأطراف، وبذلك لم يحرف القرار مضمون أي وثيقة وجاء معللا تعليلا سليما وكافيا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

القرار عدد 600

الصادر بتاريخ 12 دجنبر 2021

في الملف مدني عدد 380/1/7/2019

عقد صلح- آثاره

إن الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، ويترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين عملا بمقتضيات الفصل 1098 و1105 و1106 من قانون الالتزامات والعقود.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يسفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه أن الطالب (ح.ص) تقدم بمقال

افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 18/2/2011 عرض فيهما أنه بمقتضى عقد شراء مصادق على توقيعه بتاريخ 8/5/2007 اشترى من المطلوب محمد (أ) بن محمد قطعة أرضية الملك المسمى - ادريسية 45- موضوع الرسم العقاري عدد 88595/07 البالغة مساحتها الإجمالية 8 هكتار و 15 آرا و11 سنتيارا وتتشكل من قطعتين:

القطعة

الأولى ب 1 مساحتها 6 هكتارات و 3 آرا و 26 سنتيارا، والقطعة الثانية ب 2 مساحتها 2 هكتار و 11 آرا و 85 سنتيارا، والكائنة بطريق صفرو تعاونية ادريسية مدينة فاس، وقبل

أن يتمكن من تسجيل شرائه قام المدعى عليه بتقسيم الملك إلى جزئين:

الجزء الأول

موضوع الرسم العقاري عدد 88595/07 مساحته 6 هكتارات و3 آرا و 26 سنتيارا، والجزء الثاني موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07 مساحته 2 هكتار و11 آرا و 85 سنتيارا، ولما أراد تسجيل عقد شرائه بالرسم العقاري فوجئ بسحب نظيره من البائع، ملتمسا الحكم على المدعى عليه بتحرير عقد ملحق يتعلق بتصحيح وتتميم عقد البيع المؤرخ في 8/5/2007 فيما يتعلق بالقطعة المفرزة 2 ب البالغة مساحتها 2 هكتار و 11 آر و 85 سنتيارا، وذلك بالإشارة إلى رسمها العقاري عدد 174674/07 وذكر مساحتها المشار إليها بعقد البيع، والحكم عليه بإيداع نظيري الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07 بالمحافظة العقارية حتى يتمكن من تسجيل عقد البيع وملحق عقد البيع الذي سيتم تحريره، والكل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، والحكم على المحافظ على الأملاك العقارية بتسجيل عقد البيع المصادق عليه بين الطرفين بتاريخ 8/5/2007 وما سيلحق به من عقود تتممه وتصححه بالرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07، أجاب المدعى عليه بأن محكمة الاستئناف التجارية بفاس أصدرت القرار رقم 59 بتاريخ 13/01/2011 في الملف رقم 1350/2010 قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد الوعد بالبيع المبرم بين الطرفين بخصوص القطعتين الأولى ذات الرسم العقاري عدد 88595/07 والثانية ذات الرسم العقاري عدد 174674/07، وأنه قام بتنفيذ حكم الفسخ المذكور، وأن العقد

المؤسسة عليه الدعوى تم إلغاؤه وعوض بعقد وعد بالبيع مؤرخ فى 02/04/2009، ملتمسا الحكم برفض الطلب، وبعد انتهاء الردود والإجراءات أصدرت المحكمة الحكم رقم 231 بتاريخ 411/2013 في الملف رقم 165/1402/2011، قضى في الشكل:

بعدم قبول المقال

الإضافي وقبول الدعوى في شقها الباقي، وفي الموضوع:

الحكم على المدعى عليه

بتحرير عقد ملحق يتمم عقد البيع العرفي المؤرخ في 8/05/2007 يتضمن الرسم العقاري

للقطعة 2 ب عدد 174674/07 وذكر مساحتها المشار إليها في عقد البيع، وعليه إيداع نظيري الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07 بالمحافظة العقارية، والكل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، فاستأنفه المدعى عليه وأجرت المحكمة بحثا في الموضوع وبعد جواب المستأنف عليه وانتهاء الردود والإجراءات أصدرت محكمة الإستئناف قرارها رقم 558 المؤرخ في 2/11/2016 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا برفض الطلب، طعن فيه بالنقض فصدر القرار المشار إليه برفض الطلب وهو المطعون فيه بإعادة النظر.

فى شأن أسباب إعادة النظر

انعدام التعليل

بخصوص الفرع الاول:

حيث ينعى الطاعن على قرار محكمة الاستئناف كونه لم يرد على

الدفوع المثارة حول تطبيق مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات بخصوص الالتزام الناشئ بين الطرفين والذي لا يمكن فسخه إلا بإرادتهما الصريحة إذ أن حيثيات القرار المذكور تنص على أن «إرادة الطرفين والذي لا يمكن فسخه الا بإرادتهما الصريحة إن أن حيثيات القرار المذكور تنص على أن « إرادة الطرفين المتجهة - مما لا شك فيه- إلى تنفيذ بنوذ الصلح بإلغاء العقد الأول المصحح الإمضاء بتاريخ 08/05/2007 وتعويضه بعقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/03/2009 و01/04/2009 في حين أن مقتضيات الفصل 230 من ق.ل. ع صريحة في عدم جواز إلغاء الالتزامات التعاقدية

المنشأة على وجه صحيح إلا برضا الطرفين معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون وأنه لما استخلصت محكمة الاستئناف إلغاء عقد البيع من رسالة الموثقة لا من إرادة الطرفين الصريحة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا لا يسد الفراغ القائم بسبب غياب إرادة الطرفين الواضحة والمزدوجة لهما حول فسخ عقد البيع واتجاه إرادتهما

الصريحة إلى تعويضه بعقد آخر وعوض أن تجيب محكمة النقض عن الأسباب المثارة أمامها وفق ما هو مبسوط أعلاه اكتفت بتبني علل القرار الاستئنافي دون أدنى رد على ما تمسك به الطاعن من أن اتجاه محكمة الاستئناف يعد خرقا للفصل 230 من ق ل ع وبالفعل فإنه يلاحظ من تعليل قرار محكمة النقض أنها تناولت الجواب على الوسائل الثانية والرابعة والخامسة والسادسة دفعة واحدة متبيئة قرار محكمة الاستئناف بحيثياته المطعون فيها دون الرد على كافة أجزاء الوسيلة المثارة أمامها ومن ذلك الرد على تمسك الطاعن بعدم جواز إلغاء الالتزام إلا برضا طرفيه سيما وأن عقد الصلح لم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى فسخ العقد المؤرخ في 08/05/2007، فكان على محكمة النقض الجواب على الوسائل المثارة بكافة أجزائها وليس تبني حيثيات القرار الاستئنافي المطعون فيه والقول بأن باقي النعي زائد يستقيم القرار بدونه إذ بذلك تكون محكمة النقض قد اكتفت بموقف سلبي حيال ما وقع التمسك به أمامها فلم تجب عنه مما يجعل قرارها منعدم التعليل.

بخصوص الفرع الثاني:

وحيث ينعى الطاعن على قرار محكمة الاستئناف خرق الفصل

347 من ق ل ع لما ذهبت الى ان هناك التزاما انقضى في مقابل إنشاء التزام جديد سجل محله إذ أن الفصل 347 الوارد في باب تجديد الالتزام يقوم على ركنين هامين وأساسيين هما :

- أن يكون طرفا الالتزام الجديد هما طرفا الالتزام المنقضي 2- أن يتم التعبير

صراحة على إجراء التجديد لأن التجديد لا يفترض، وقد اتجهت محكمة الاستئناف في قرارها الى تطبيق الفصل 347 المذكور رغم عدم إشارتها إليه في حيثيات قرارها، غير أن ما عابه الطاعن على القرار الاستئنافي في أن التجديد لا يقع إلا من طرف نفس الاشخاص

الذين أنشأوا العقد المنقضي، وأنه بالنسبة لنازلة الحال فإن طرفي عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 ليسا هما بالذات طرفا الوعد بالبيع الموقع أمام الموثقة بتاريخ 20/03/2009 و 01/04/2009 علما بأن طرفي عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 هما أحمد (أ) و (ح. ص)

أما في عقد الوقع بالبيع فهما محمد (أ) وشركة (ز.إ)، وما دامت الذمة المالية للطاعن منفصلة عن الذمة المالية لشركة انفست فإن طرفي عقد الوعد بالبيع ليس لهما حق إلغاء أو تعديل عقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 لاختلاف الطرف المشتري، وأنه باختلاف طرفي عقد الوعد بالبيع فإنه تنعدم إمكانية الحديث عن تجديد للعقد، وأن محكمة الاستئناف لما قالت بأن عقد البيع تم تعويضه بالوعد بالبيع رغم اختلاف أطرافهما تكون قد خرقت الفصل 347 من ق ل ع، وفي جوابها عن هذه الوسيلة نقلت محكمة النقض حيثيات القرار الاستئنافي المطعون فيه وجعلت تلك الحيثيات بين قوسين استغرقت 13 سطرا من الصفحة الأخيرة من القرار انطلاقا من السطر الثامن وانتهاء بالسطر العشرين دون أدنى إضافة باستثناء قولها، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت مقتضيات الفصول المشار إليها أعلاه والواجب تطبيقها على النازلة تطبيقا سليما ولم تخرق أي مقتضى قانوني وعللت قرارها بما فيه الكفاية وركزته على أساس قانوني وباقي النعي زائد ويستقيم القرار بدونه « وبذلك فمحكمة النقض لم تجب على كافة أجزاء الوسيلة المثارة أمامها وعلى الأخص منها تلك المتعلقة باستقلال الذمة المالية للسيد (ح. ص) عن الذمة المالية لشركة انفست لما لها من تأثير كبير على الوضعية الحقوقية لكل منهما، وأن محكمة النقض تبنت حيثيات قرار محكمة الاستئناف التي اعتبرت توقيع المستأنف عليه الطاعن للوعد بالبيع باسم شركة (ز.إ) وليس باسمه الخاص لن يغير من إرادة الطرفين المتجهة إلى تنفيذ بنود الصلح بإلغاء العقد الاول وتعويضه بعقد الوعد بالبيع دون ردها على ثبوت صفة (ح. ص) مستقلة عن ذمة الشركة ذات المسؤولية المحدودة ولو كان هو ممثلها القانوني وأن محكمة النقض اكتفت بتبني موقف سلبي إزاء ما وقع التمسك به من نعي على القرار الاستئنافي وعدم ردها بأي تعليل رغم أهميته يكون قد اتسم قرارها بعدم الجواب المعتبر بمثابة انعدام التعليل المبرر لإعادة النظر فيه وأنه يتمسك بكافة الوسائل

المثارة في طلب النقض ويلتمس الرجوع في القرار المطعون فيه والحكم من جديد بنقض

القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس في الملف عدد 273/1402/2013 بتاريخ 02/11/2016 وإحالة القضية على نفس المحكمة أو إلى محكمة أخرى للبت فيها طبقا للقانون وبإرجاع وديعتي طلب النقض وطلب إعادة النظر.

لكن، حيث إن محكمة النقض لما عللت قرارها المطعون فيه بإعادة النظر بأنه:

«ردا على ما جاء في الوسائل الثانية والرابعة والخامسة مجتمعة لارتباطها، فبمقتضى الفصول 1098 و 1105 و1106 من قانون الالتزامات والعقود فإن الصلح هو عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، ويترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين، وبمقتضى الفصلين 418 و419 من نفس القانون فإن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق والادعات التي كانت له محلا، ولا يجوز الرجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين، وبمقتضى الفصلين 418 و419 من نفس القانون فإن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وتعتبر حجة قاطعة إلى أن يطعن فيها بالزور، والمحكمة المطعون في قرارها لما ثبت لها من خلال وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها بأن موضوع الدعوى يتعلق بعقد البيع المؤرخ في 08/05/2007 والمتعلق بالقطعة المفرزة 2 ب موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07، كما ثبت لها من خلال عقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 01/4/2009 أن المطلوب محمد (أ) واعد الطالب (ح. ص) بصفته ممثلا لشركة (ز.إ) ببيعه جميع العقار موضوع النزاع بقطعتين المعبر عنها ب 1 و 2 ب موضوعي الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07، وثبت لها أيضا بأن عقد الوعد بالبيع المذكور شمل القطعة المفرزة 2 ب موضوع الرسم العقاري عدد 174674/07 وموضوع عقد البيع المؤرخ في 8/5/2007 والذي هو موضوع الدعوى، كما ثبت لها من خلال كتاب الموثقة وفاء

(ج) المؤرخ في 25/5/2016 أن المبالغة المالية موضوع العقد الأول المؤرخ في 8/5/2007 تم تحويلها إلى عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009 لتشمل جزءا من ثمن البيع، وقضت على النحو الوارد في منطوق قرارها بعلة « أن الطرفين أبرما عقد صلح من خلاله تنازل كل منهما على المساطر القضائية التي حركها في مواجهة الآخر وبالمقابل يقوم الطرف المستأنف محمد (أ) ببيعه للمستأنف عليه (ح. ص) جميع العقار موضوع النزاع بقطعتين المعبر عنهما 1 ب وب 2 موضوع الرسمين العقاريين عدد 88595/07 وعدد 174674/07 وهو ما تم تنفيذه بمقتضى عقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009، وأن الثابت من كتاب الموثقة وفاء (ج) المؤرخ في 25/5/2016 أن المبالغ المالية موضوع العقد الأول المؤرخ في 8/5/2007 تم تحويلها الى عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009 لتشمل جزءا من ثمن البيع، وبالتالي فإن توقيع المستأنف عليه لذلك العقد باسم شركة (ز.إ) وليس باسمه الشخصي لن يغير من ارادة الطرفين المتجهة إلى تنفيذ بنود الصلح بإلغاء العقد الأول المصحح الإمضاء بتاريخ 8/5/2007 وتعويضه بعقد الوعد بالبيع المحرر أمام الموثقة وفاء (ج) بتاريخ 20/3/2009 و 1/4/2009، وأن عقد الصلح المبرم بين الطرفين والذي لم يكن محل أي طعن يكون منتجا لآثاره القانونية بين الطرفين وبه يكون العقد المبرم بين الطرفين والمصحح الإمضاء بتاريخ 8/5/2007 قد انقضى بمجرد الصلح بشأنه وتم تعويضه بآخر وهو العقد التوثيقي المشار إليه أعلاه « ولذلك تكون محكمة النقض وخلافا لما تم التمسك به من طرف الطاعن ضمن أسباب إعادة النظر قد أجابت عن كافة الوسائل المثارة ضمن مقال النقض ويبقى ما أثير مجرد مجادلة في تعليلات القرار المطعون فيه وهي ترقى إلى الأسباب المبررة لإعادة النظر والرجوع فيه مما يتعين معه التصريح برفضه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بغرفتين مجتمعتين برفض طلب إعادة النظر وتغريم الطالب مبلغ

خمسة آلاف درهم، وتحميله المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض وكانت الهيئة متركبة من السيدة لطيفة أيدي رئيسة القسم السابع رئيسة للجلسة والسيدة خديجة الباين رئيسة القسم التجاري الثاني والمستشارين السادة: السعدية فنون مقررة، سعيد رياض، امحمد لفطح، نجية بوجنان، محمد الكراوي، حسن سرار، السعيد شوكيب، محمد (ط) الوزاني أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة كاتب الضبط السيد المصطفى العامري.

قرار رقم :
609

أصل القرار المحفوظ بكتابة الضبط

بمحكمة الاستئناف التجارية بفاس

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على المقال الطعن والقرار التحكيمي المطعون فيه ومستنتجات الطرفين ومجوع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بالجلسة بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 327 وما يليه من قانون المسطرة المدنية.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث تقدم السيد .... بواسطة نائبه بمقتضى مقال مؤدى عنه الرسم القضائي بتاريخ 02/08/2008 يطعن بموجبه في القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 17/07/2018 عن الهيئة التحكيمية المكونة من السادة امحمد برادة غزويل وبوشعيب غمدان وأان الله بوشقور القاضي بقبول الطلبين الأصلي والمضاد شكلا، وفي الموضوع:

- فيما يخص الطلب الأصلي:

بفسخ عقد التسيير الحر المصادق عليه

بتاريخ 05/4/2017 وإرجاع المحل المكتري لصاحبه ..... ورفض باقي الطلبات.

- في الطلب المضاد:

الحكم على المكري ...... بأدائه لفائدة المكتري السيد ..... قيمة الاصلاحات في مبلغ سعين ألف درهم هكذا (70000) درهم وإرجاعه للمكتري التجهيزات والادوات التي وضعها بالمقهى حسب الوثائق المتبثة لها والجرد الوارد بتقرير الخبرة، والحكم كذلك على المدعي بأدائه لفائدة المكتري تعويضا إجماليا عن فوات الربح تحدده هيئة التحكيم في مبلغ ثلاثة مائة ألف درهم هكذا (300000) درهم وإرجاعه للمكتري مبلغ اثنان وثلاثون ألف درهم والتي تشكل التسبيق الذي أداه المكتري للمكري مع تحميل كل طرف نصف الصائر.

الوقائع

حيث تفيد وقائع النازلة كما انبنى عليها القرار التحكيمي المطعون أن السيد .... سبق له أن تعاقد بصفته المالك للاصل التجاري المقهى « ..... » مع السيد .... على عقد التسيير الحر للمقهى المذكورة أعلاه، الكائنة بشارع ...... العكاري القبيبات الرباط، لمدة خمس سنوات بسومة كرائية قدرها 8000 درهما خلال الستة أشهر الأولى من توقيع العقد، على أن ترتفع بعد ذلك إلى 10000 درهما بالإضافة إلى مبلغ 24000 درهم كتسبيق عند التوقيع حسب البند 4 من العقدة الكرائية، وأن المكري مكن المكتري من مفاتيح المقهى خلال شهر فبراير قبل التوقيع الفعلي على العقدة الكرائية، غير أنه بعد التوقيع على العقدة الكرائية امتنع المكتري من أداء المستحقات الشهرية وترتبت في ذمته حسب التفصيل التالي:

- من شهر ابريل 2017 إلى شهر يونيو 2017 بمبلغ شهري 8000 درهم في 3

أشهر= 24000 درهم.

- من شهر غشت 2017 إلى شهر شتنبر 2017 بمبلغ شهري 8000 درهم في شهرين= 16000 درهم.

- من شهر أكتوبر 2017 إلى شهر يوليو بمعدل كراء شهري 10000 درهم في 11 شهرا = 11000 درهم.

- مبلغ 24000 درهما كتسبيق عند التوقيع.

- مبلغ 200 درهما كل أسبوع كتعويض عن التماطل 60 أسبوعا=60 في 200= 12000 درهما أي ما مجموعه 186000 درهم.

وبالرجوع الى البند الرابع من العقدة الكرائية نجده ينص في فقرته 6 على أنه في حالة عدم أداء الواجبات الكرائية لمدة ثلاثة أشهر أو يزيد فإن العقدة الكرائية تفسخ بقوة القانون وان المسير الحر للاصل التجاري يتعين عليه أداء الواجبات الكرائية المتخلفة في ذمته كما أنه يفقد أية إضافات قام بها داخل الاصل التجاري. مضيفا ان ماجاء في البند الرابع يزكيه البند 10 من العقدة الكرائية. ملتمسا الحكم على مسير الاصل التجاري لمقهى « ..... السيد .... بأدائه لفائدة المكري السيد .... مبلغ 186000 درهما الذي يمثل الواجبات الكرائية الغير المؤداة طيلة 16 شهرا وتعوض عن التماطل مع فسخ العقدة الكرائية المتعلقة بتسيير الأصل التجاري وإفراغه هو أو من يقوم مقامه أو بإذنه من المقهى المذكورة تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1000 درهما عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع تعويض عن الضرر طوال مدة الإغلاق يحدده في مبلغ 500000 درهم مع شمول المقرر التحكيمي بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

أجاب دفاع المدعى عليه المكتري لعقد التسيير الحر بمذكرة جوابية مع مقال مضاد بأن موكله تعاقد مع المدعي بشأن كراء أصل تجاري للمقهى المسماة « .....)» لمدة خمس سنوات، وأنه بعد التوقيع على العقد والمصادقة عليه لدى السلطات المحلية، أقدم على إدخال مجموعة من الاصلاحات على العين المكتراة وتم تزويدها بمجموعة من التجهيزات والمعدات قاربت مبلغ 239411 درهما، وعند مباشرته للإجراءات الإدارية

لبداية استغلال المحل، فوجئ لدى مديرية الضرائب أن المحل مثقل بضرائب، وأن وضعيته القانونية والضريبية غير محينة ولم يتم تسويتها بعد، خاصة أن شركة أخرى تحمل اسم ..... ما زالت مسجلة على نفس الصل التجاري، وأنه زيادة على الإصلاحات والتجهيز فقد فوت عليه المدعى عليه أرباحا كان من المحتمل أن يجنيها طيلة فترة الكراء، وأن الفصل الثاني من عقد التسيير الحر المتعلق بمدة العقد أبرم لمدة خمس سنوات ابتداء من تسجيل المدعى عليه كمسير حر بالسجل التجاري والذي يمنحه حق حرية استغلال الأصل التجاري. وأن المدعى عليه اصطدم - بعدما أنفق الكثير في تجهيز المحل التجاري- بعدم التزام المدعي بشروط العقد وأهمها عدم تسليم رخصة استغلال المقهى وعدم إيداع القوائم التركيبية المالية لعدة سنوات بالسجل التجاري لعدم أداء الضرائب فضلا عن قيامه بوضع شركة أخرى ..... وإحداثها على نفس الأصل التجاري للتهرب من تنفيذ العقد وإلغائه بمحاولة محو الشخصية القانونية للشركة المتعاقدة معه المسماة « ...... » بسوء نية كنوع من التدليس والإحتيال مما شكل شرطا مانعا من تقييد عقد التسيير الحر بالسجل التجاري وكذا فتح المحل واستغلاله والاستفادة من الأصل التجاري وبالتالي ضياع فرصة استثماره واستثمار الأموال الطائلة التي أنفقها في سبيل تجهيزه وهي التجهيزات الباهضة الثمن التي سمح المكري له للقيام بها بموجب الفصل التاسع من العقد على أساس استرداد قيمتها في الفواتير عند توقف النشاط، مؤكدا أن الفصل السادس من العقد كان واضحا في ترتيب مسؤولية المدعي كضامن عن التشويش

وكل الأعمال التي تمس أو تعيق أو تعرقل الانتفاع واستغلال الأصل التجاري وعلى رأسها الحجوزات وغيرها السابقة عن التعاقد، وأن الفصل 12 من العقد ينص على أن المكتري ملزم بأداء الضرائب حتى لا يترتب عنه إعاقة استغلال المكتري للأصل التجاري تحت طائلة التعويضات عن الضرر، كما أن الفصل 7 من العقد ينص على أن حرمان المكري للمكتري من استغلال الأصل التجاري أثناء إبرام العقد بأي تصرف مخالف للقانون يترتب عنه تعويض المكتري بأربع مرات قيمة مصاريف تهيئة الأصل التجاري. وحول المقال الافتتاحي الذي تقدم به المدعي أجاب بأنه بشأن ادعاء واجبات الكراء فإنها

لا تستحق إلا باستغلال الأصل التجاري حسب الفصل الثاني المتعلق بمدة العقد والنص صراحة على أن العقد ابرم لمدة خمس سنوات ينطلق سريان مدتها ابتداء من تسجيل المكتري كمسير حر بالسجل التجاري والذي يمنحه حق حرية استغلال الأصل التجاري. وأن عدم سريان العقد كان نتيجة عدم قيام المدعي المكري بتمكين المكتري من رخصة استغلال المحل المعد كأصل تجاري لافتتاحه، وكذا عدم المبادرة لرفع كل الحجوزات والرهون على الأصل التجاري وتسديد الضرائب وشطب اسمه من السجل التجاري أو تغيير تقييده الشخصي بالتنصيص صراحة على وضع الأصل في التسيير الحر وذلك لتمكين المكتري من تسجيل عقد التسيير الحر في السجل التجاري تنفيذا للمادة 153 من مدونة التجارة، وان عدم التزام المدعي بشروط العقد حرمه من استغلال الأصل التجاري، ومن ثم لم يبدأ سريان العقد مما يكون معه مطالبة المدعي أداء واجبات الكراء عن عقد لم يبدأ تنفيذه بتعنته وعدم احترامه لالتزاماته غير ذي أساس قانوني أو عقدي مما يتعين معه رفض الطلب وحول طلب فسخ العقد والإفراغ، فإنه يجب أن يوسس على خرق المكتري لالتزاماته، وهذا ما لم يقم به هذا الأخير، بل إن الذي قام بذلك هو المكري مما يتعين معه رفض الطلب لعدم إثبات أي خطإ أو خرق من المكتري.

وحول المقال المضاد فإنه رعيا للمؤيدات القانونية والعقدية السابقة، وبعد معاينة محكمة التحكيم لعقد التسيير الحر الذي تنص فصوله ولا سيما 6، 7 و 12 أن المكري ملزم بتمكين المكتري من الأصل التجاري وهو مطهر من كل التحملات الضريبية أو غيرها أو جميع التشويش المعرقل لحق الإنتفاع كقيام الخصم بإحداث شركة أخرى على نفس السجل التجاري بشكل حرم المكتري من استغلال الأصل التجاري وبتسجيل عقده في السجل التجاري، وتبعا لخرق المكري لالتزاماته وعدم الاستجابة للإنذارات الموجهة في الموضوع، وتمسكا منه بالعقد والتزاما منه بتنفيذه بحسن نية وفق قواعد العدالة تبعا للفصول 230 و231 من قانون الالتزامات والعقود يطلب إلزام المكري بتنفيذ العقد وفقا لبنوده وتبعا لذلك يلتمس المكتري أساسا:

-1 طلب إتمام تنفيذ عقد التسيير الحر بإلزام المكري في الدعوى

التحكيمية بتمكين المكتري من رخصة استغلال الأصل التجاري وتسديد الضرائب ورفع كل التشويش على الأصل التجاري لتمكين المكتري من تسجيل عقد التسيير الحر في السجل التجاري وفقا للفصلين 2 و 6 و 7 و 12 من عقد التسيير الحر.

-2 طلب تعويض المكتري عن عدم استغلال الأصل التجاري من المدة الممتدة من تاريخ توقيع العقد في 04/05/2017 الى تاريخ الحكم بحساب 1200 درهما يوميا.

-3 طلب التعويض عن الضرر المادي وفوات الكسب والمعنوي في مبلغ 5000000 درهما.

-4 طلب أداء الشرط الجزافي كتعويض عن الضرر المحدد في الفصل

7 من عقد التسيير الحر ومقداره أربع مرات قيمة مصاريف التجهيزات والمعدات في مبلغ 957644 درهما.

-5 طلب إرجاع صوائر الدفاع في مبلغ 40000 درهما ومصاريف المفوضين القضائيين في مبلغ 500 درهما والخبرة القضائية الاستشارية في مبلغ 10000 درهما والهيئة التحكيمية في مبلغ 8000 درهما مع صوائر الدعوى التحكيمية.

-6 واحتياطيا:

-1 فسخ العقد

-2 طلب إرجاع مبالغ التجهيزات والمعدات في مبلغ 239411 درهما حسب تقرير الخبرة الاستشارية المرفقة بالملف،

-3 طلب أداء الشرط الجزافي كتعويض عن الضرر المحدد في الفصل 7 من عقد التسيير الحر، ومقداره أربع مات قيمة مصاريف التجهيزات والمعدات في مبلغ 957644 درهما.

-4 طلب تعويض المكتري عن عدم استغلال الأصل التجاري من

المدة الممتدة من تاريخ توقيع العقد في 04/01/2017 الى تاريخ

الحكم بحساب 1250 درهما يوميا.

-5 طلب التعويض عن الضرر المادي وفوات الكسب والضرر

المعنوي في مبلغ 500000 درهم.

-6 طلب إرجاع تسبيق واجبات الكراء أربعة أشهر بحساب 3200

580

درهم والتي أديت عند التوقيع والشهر الرابع أدى بعد مفاوضات

فاشلة حول تسوية مطل المكري.

-7 طلب إرجاع صوائر الدفاع في مبلغ 40000 درهم ومصاريف

المفوضين القضائيين في مبلغ 5000 درهما والخبرة القضائية

الاستشارية في مبلغ 10000 درهم والهيئة التحكيمية في مبلغ 8000

درهما مع صوائر الدعوى التحكيمية.

وبعد استنفاذ الاجراءات المسطرية للتحكيم أصدرت الهيئة التحكيمية الحكم التحكيمي

موضوع الطعن الحالي من طرف السيد ...... الذي استند في ذلك على الأسباب التالية:

- خرق الفصل -327 23 ق.م.م الناص في فقرته 2 على أنه « .... يجب

أن يكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذل»

غير أن المقرر التحكيمي المطعون فيه جاء غير معللا تعليلا سليما واكتفى

بسرد الأحداث والوقائع التي مرت بها المسطرة التحكيمية فقط مما يعرضه

للبطلان.

- خرق الفصل -327 24 من ق.م.م لخلو مقرر التحكيم المطعون فيه جاء من

ذكر صفات وجنسيات وعناوين المحكمين ومكان اصدار المقرر التحكيمي،

كما لم يقم بتحديد مبلغ الأتعاب ولا الاشارة الى تنازل المحكم ..... عن

أتعابه حسب الاشهاد المرفق صحبته، بل أكثر من ذلك يلاحظ أن المقرر

التحكيمي لم ينص على أنه صدر باسم جلالة الملك مما يشكل إخلالا

بالنظام العام. الشيء الذي يعرض المقرر التحكيمي الى البطلان.

- خرق -327 11 ق. م.م الذي ينص على أنه «تقوم الهيئة بجميع اجراءات

التحقيق بالاستماع الى الشهود او بتعيين خبراء او اي اجراء بخر ... » غير

...

أنه بالاطلاع على المقرر التحكيمى ووثائقه سوف يلاحظ أن السيد

أحد أطراف الدعوى أدلى لهيئة التحكيم بخبرة من صنع يده بالاضافة الى

فاتوارات اعتمدت عليها الهيئة التحكيمية في حكمها، في الوقت الذي

التمس فيها السيد ...... الحكم بإجراء خبرة قصد تقويم الخسائر التي ادعى

السيد ...... أنه تكبدها سواء في فوات الكسب أو ما قام به من اصلاحات

وتجهيزات، مما تكون هيئة التحكيم قد خرقت حقوق الدفاع وبث دون

التقيد بالمهمة المسندة اليها حسب وثيقة التحكم وفصلت في أمور لم

يتحدث عنها عقد الكراء ...

- خرق الفصل 14.327 ق. م.م وذلك بعدم قيام الهيئة التحكيمية بتسليم أي

طرف من أطراف النزاع لاي محضر على ما تم تداوله خلال جلساتها وما

تم التطرق داخلها من مناقشات.

- ملتمسا لكل ما سبق الحكم ببطلان المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ

17/07/2018 وتحميل الصائر لمن يجب قانونا. فأجاب المطلوب في الطعن

بواسطة دفاعه بمقتضى مذكرة أثار من خلالها الدفع بعدم قبول الطعن

شكلا لعدم قيام الطاعن ببيان طبيعته القانونية، بإبراز خطأ المدعي استنادا

لعدم احترام شروط العقد وتحديد التعويض وأساس إرجاع مبلغ التسبيق

استنادا للعقد ونسبة للاضرار جميعها لفعل الدعي المكري ولكونه غير

محق بالمطالبة بها بأي تعويض، كما أن المقرر التحكيمي تضمن البيانات

الالزامية لصحته من أسماء المحكمين وتاريخ الحكم، علما كذلك أن

هذا المقرر لا يصدر باسم جلالة الملك وفقا للقانون وللاجتهاد القضائي

لمحكمة النقض، لأنه قضاء خاص ولا علاقة له بالسلطة القضائية. موضحا أن دعوى البطلان دعوى استثنائية تواجه حالات خاصة من النظام العام وليس جميع نصوص التحكيم المعتبرة قواعد مكملة، من قبيل مقتضيات الفصلين 327-11 و327-14 من قانون المسطرة المدنية التي لا تدخل ضمن دعوى البطلان وبالتالي فإن النعي بخرقها بصرف النظر عن عدم جديته غير مؤسس وماله الرد. ملتمسا لكل ما سبق الحكم بعدم قبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفض الطلب وتحميل الطالب الصائر وبالأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بصفة نهائية.

وبعد أن عقب الطرف الطالب مؤكدا ما سبق، أدرجت القضية بجلسة 05/03/2019 وخلالها ألفي بالملف مستنتجات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون، فقررت المحكمة اعتبارها جاهزة وحجزتها للمداولة قصد النطق بالقرار جلسة 19/03/2019.

التعليل

حيث بصرف النظر عن مناقشة الدفوع المثارة من قبل الطاعن في هذه النازلة وما إذا كانت تصلح أساسا للمطالبة بإبطال الحكم التحكيم موضوع الطعن، فقد وجب القول أنه لئن كان مشرع الفصل 327-36 من ق.م. م قد سمح لطرفي الحكم التحكيمي بأن يطعنا فيه بالبطلان، فإن سماع هذا الطعن شأنه في ذلك شأن أي مطالبة قضائية - يبقى رهينا باستجماع شروط شكلية لا يستقيم بدونها، وفي مقدمتها شرط المصلحة المتمثل في الفائدة المادية أو المعنوية التي يروم تحقيقها من طعنه هذا، والتي لا يمكن أن تتحقق بمجرد المطالبة بإبطال الحكم التحكيمي المطعون فيه، بل لابد للطاعن أن

يحدد الطلبات التي يتوخى الحكم له بها في مواجهة خصمه المطلوب في الطعن، خاصة أن الفصل 327-37 أعطى للمحكمة صلاحية البت في جوهر النزاع بعد إبطال

الحكم التمهيدي، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود طلبات محددة، بخلاف ما عليه الأمر في هذه النازلة حيث تبين لهذه المحكمة، وهي الملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف عملا بالفصل 3 من ق.م.م، أن الطرف الطاعن اكتفى في مقال طعنه بملتمس «إبطال المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 17/07/2018» دون أن يطلب الحكم له في مواجهة المطلوب في الطعن بأي شيء أو أمر، ليبقى بذلك شرط المصلحة غير قائم في الطعن الحالي بالمعنى القانوني المقصود في الفصل 1 من ق.م.م، مما يجعله مختلا شكلا ويتعين التصريح بعدم قبوله، مع إبقاء صائره على عاتق رافعه، هذا ولما كان الأمر كذلك فإن الأمر بتنفيذ الحكم التحكيم يصبح أمرا لازما بصريح الفصل 327-38 من ق.م.م.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الإستئناف التجارية بفاس تقرر:

وهي تبت انتهائيا، علنيا وحضوريا.

في الشكل:

عدم قبول الطلب وإبقاء الصائر على عاتق رافعه، كما تأمر الطرفين بتنفيذ الحكم التحكيمي موضوع الدعوى.

شروط النشر في مجلة الوكالة القضائية للمملكة

- مجلة الوكالة القضائية للمملكة مجلة محكمة نصف سنوية،
- تختص بنشر الأبحاث في العلوم القانونية والمنازعات القضائية وخاصة المرتبطة بأشخاص القانون العام،
- تقرر المجلة صلاحية البحث للنشر فيها استنادا إلى رأي محكمين متخصصين،
- تخضع كافة الأبحاث التي تنشر للتحكيم،
- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر،
- لا تلتزم المجلة برد أصول البحوث أو المواد التي ترد عليها، سواء نشرت، أو لم تنشر،

- ما يطرح في المجلة من آراء يعد تعبيرا عن وجهة نظر المؤلف، ولا تعتبر المجلة مسؤولة عنها،

- يشترط في الأبحاث التي تنشر بالمجلة، أن لايكون قد سبق نشرها،

- يلتزم صاحب المادة أو البحث المعروض للنشر بعدم إرسال بحثه إلى أية جهة أخرى بغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه للنشر، أو لا، ويسري هذا الشرط لمدة ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ استلام هيئة تحرير المجلة للمادة العلمية،

- يجوز للمجلة أن تنشر موجزا للرسائل العلمية التي تناقش بالجامعات المغربية والأجنبية، أو المؤلفات العلمية التي تصدرها

هذه الجامعات أو مراكز البحث الأخرى،

- يجوز أن يتقدم عدة باحثين ببحث مشترك واحد،

- تنشر الأبحاث في المجلة باللغات العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية ،

- يتعين ألا يتجاوز حجم البحث 35 صفحة، الفرق بين الأسطر 1.15، ويرفق بالبحث ملخص باللغة الإنجليزية أو الفرنسية في حدود صفحة واحدة إن كان مكتوبا باللغة العربية، إن كان مكتوبا باللغة الإنجليزية أو الفرنسية فيرفق بملخص باللغة العربية،

- إذا كان البحث باللغة العربية يستخدم الخط «Simplified Arabic حجم 16 بالنسبة لمتن البحث وفيما يخص الهوامش فتكون Simplified Arabic 10 الحجم،

- إذا كان البحث باللغة الفرنسية أو الإنجليزية يستخدم الخط Times New Roman حجم 14 بالنسبة لمتن البحث وفيما يخص الهوامش فيكون الخط Times New Roman الحجم 10،

- يعتمد الباحث نظام «شيكاغو» في التهميش ويشار إلى المراجع

أسفل كل صفحة.